Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hans Jakob Zellweger
von Hauptwil TG

1972

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hans Jakob Zellweger
von Hauptwil TG

1972

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 21. Oktober 1971 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W.R. Schluep als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 413 der

Abhandlungen zum schweizerischen Recht

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern

Die vorliegende Arbeit wurde unter der Anleitung und Aufsicht von Herrn Prof. Dr. W. R. Schluep, Bern, geschrieben, dem ich für seine zahlreichen Anregungen und seine Hilfe an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen möchte.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1972
Gesamtherstellung durch Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 9
Abkürzungen 17

1. Teil: Das schweizerische Recht

§ 1 *Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsrechts der schweizerischen AG* 19
I. Die gesetzlichen Verantwortlichkeitstatbestände 19
1. Die Systematik des OR 19
2. Die materielle Ausgestaltung 20
2.1. Die Haftung aus Art. 718 OR 20
2.1.1. Allgemeines 20
2.1.2. Die Haftung der Gesellschaft für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe 20
2.1.3. Die Haftung der Gesellschaft für die Schäden aus Geschäftsführung und Vertretung 20
2.2. Die Haftung aus Art. 752 ff OR 23
2.2.1. Allgemeines 23
2.2.2. Die Prospekt- und Gründerhaftung 23
2.2.3. Die Haftung aus Geschäftsführung und Kontrolle 24
2.2.4. Die Haftung aus unerlaubter Handlung 25
II. Die Haftungsvoraussetzungen 26
1. Der Schaden 26
2. Die Widerrechtlichkeit 27
3. Der Kausalzusammenhang 27
4. Das Verschulden 28
III. Der Umfang der Verantwortlichkeit 29
1. Allgemeines 29
2. Die Einrede der Verjährung 30
3. Die Berufung auf den Déchargebeschluss der Generalversammlung 30
4. Die Ausführung von Beschlüssen eines übergeordneten Organes 31
5. Haftungsentlastung oder Haftungsreduktion durch Delegation 33
6. Die Berufung auf allgemeine Haftungsgrundsätze des OR 36
6.1. Die Anwendbarkeit von Art. 398 bzw. 328 OR auf die aktienrechtlichen Haftungstatbestände 36
6.2. Die Anwendbarkeit von Art. 99 II OR 37
6.3. Die Berufung auf haftungsmildernde Absprachen 37
6.4. Anwendbarkeit der Ersatzbemessungsgrundsätze von Art. 41 ff OR . 38

§ 2 *Die Solidarhaftung im schweizerischen Schadenersatzrecht im allgemeinen und der Tatbestand von Art. 759 OR im besonderen* 39
I. Gestalt und Bedeutung des Solidarhaftungsgrundsatzes im schweizerischen Recht 39
1. Aktive und passive Solidarität 39
2. Die passive Solidarität 39
2.1. Terminologisches 39
2.2. Die Formen der Verantwortlichkeit Mehrerer 40
2.3. Das Wesen der passiven Solidarität 40
2.3.1. Rechtliche Konstruktion 41
2.3.2. Entstehung der passiven Solidarität 42
2.3.3. Die Unterscheidung: echte und unechte Solidarität 42

2.3.3.1. Die Unterscheidungsmerkmale zwischen echter und unechter Solidarität ... 43
2.3.3.2. Die Rechtsfolgen der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität ... 46
3. Insbesondere das Wesen der Solidarität der aktienrechtlichen Bestimmungen Art. 718 und 759 OR ... 47
3.1. Solidarhaftung zwischen der Gesellschaft und den verantwortlichen Personen ... 47
3.2. Das Wesen der Solidarität in Art. 759 OR ... 47
3.2.1. Geschichtliches ... 47
3.2.2. Der solidarisch haftbare Personenkreis ... 48
3.2.3. Echte oder unechte Solidarität? ... 48
II. Der Umfang der Ersatzpflicht bei Solidarhaftung ... 50
1. Allgemeines ... 50
1.1. Grundsatz ... 50
1.2. Die Ausnahme der summenmässigen Haftungsbeschränkung ... 51
2. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts in Solidarhaftungstatbeständen ... 52
2.1. Das Verhältnis: Solidarität–Kausalzusammenhang ... 52
2.2. Das Verhältnis: Solidarität–Verschulden ... 54
3. Die Ersatzbemessung im Rahmen der Solidarhaftung ... 55
3.1. Allgemeines ... 55
3.2. Der Kausalzusammenhang als Differenzierungsfaktor ... 56
3.2.1. Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges bei Verantwortlichkeit mehrerer Personen in allgemeinen Schadenstatbeständen ... 56
3.2.1.1. Die Bedeutung und Rechtfertigung der sogenannten Entlastungsgründe ... 56
3.2.1.2. Die Bedeutung der «Geringfügigkeit der Adäquanz» als Reduktionsgrund ... 58
3.2.1.3. Differenzierung der Ersatzbeträge nach den Verursachungsbeiträgen bei den Tatbeständen «gemeinsamer» Kausalität? ... 60
3.2.2. Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges bei den Solidaritätstatbeständen nach Art. 759 OR ... 61
3.2.2.1. Die Bedeutung der Voraussetzung der Verantwortlichkeit mehrerer Personen für denselben Schaden ... 61
3.2.2.2. Die geringe Bedeutung der Entlastungsgründe ... 62
3.3. Das Verschulden als Differenzierungsfaktor ... 63
3.3.1. Die Bedeutung einer Berücksichtigung des Verschuldensmasses der verschiedenen Verursacher für den Solidaritätsgrundsatz ... 63
3.3.1.1. Anwendung von Art. 43 I OR in den Solidaritätstatbeständen des allgemeinen Schadenersatzrechts ... 63
3.3.1.2. Die Lehre einer «differenzierten» Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG; Anwendbarkeit von Art. 43 I OR auf Verantwortlichkeitstatbestände gemäss Art. 759 OR? ... 67
3.3.1.3. Kritische Würdigung ... 68
3.3.2. Die Bedeutung des Selbstverschuldens und der Einwilligung des Verletzten ... 77
3.3.2.1. In den Solidaritätstatbeständen des allgemeinen Schadenersatzrechts . 77
3.3.2.2. In den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitstatbeständen ... 78
3.3.2.3. Kritische Würdigung ... 80
3.3.3. Berücksichtigung weiterer Bemessungsgrundsätze ... 80
4. Der Regress gemäss Art. 759 II OR ... 82
5. Die Wirkung eines Vergleiches auf das Solidarschuldverhältnis ... 82

§ 3 *Zusammenfassung für das schweizerische Recht* 83
I. Haftungsentlastende und haftungsreduzierende Einreden, welche sich aus der gesetzlichen Organisation der AG ergeben, und ihre Wirkung 84
1. Die Berufung auf den Déchargebeschluss der Generalversammlung . 84
2. Die Ausführung von Beschlüssen eines übergeordneten Organes 84
3. Die Auswirkung der Delegation von Aufgaben auf die Verantwortlichkeit 84
4. Die Berufung auf allgemeine Haftungsgrundsätze 85
II. Gestalt und Umfang der Solidarhaftung im Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen 85
1. Das Wesen der Solidarschuld 85
2. Der Umfang der Ersatzpflicht im Rahmen der Solidarschuld 86

2. Teil: Das ausländische Recht

1. Kapitel: Das deutsche Recht

§ 4 *Die Grundzüge der Organisation und des Verantwortlichkeitsrechts der deutschen AG* 89
I. Allgemeines 89
II. Die Verfassung der deutschen AG nach den Aktiengesetzen von 1937 und 1965 .. 90
1. Allgemeines 90
2. Der Vorstand 91
3. Der Aufsichtsrat 92
4. Die Abschlussprüfer 93
5. Die Sonderprüfer 94
6. Die Hauptversammlung 94
7. Die Rechtsnatur der Beziehung zwischen der AG und den Mitgliedern des Vorstandes, des Aufsichtsrates, den Abschluss- und den Sonderprüfern 95
7.1. Vorstandsmitglieder 95
7.2. Aufsichtsratsmitglieder 95
7.3. Abschlussprüfer 96
7.4. Sonderprüfer 96
III. Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsrechts in der deutschen AG 96
1. Allgemeines 96
2. Die verantwortlichen Personen 97
3. Voraussetzungen und Umfang der Haftung 97
3.1. Sorgfaltsmassstab und Verschulden 97
3.2. Beweislast 98
3.3. Gesamtschuldnerschaft 98
3.4. Beschränkung der Ersatzpflicht der Abschlussprüfer 98
3.5. Ausschluss und Reduktion der Haftung 99
3.5.1. Vertragliche Haftungsvereinbarungen 99
3.5.2. Auswirkung der Delegation von Geschäftsführungs- und Kontrollaufgaben auf die Verantwortlichkeit 99
3.5.3. Zustimmung eines übergeordneten Organes 99
3.5.4. Bedeutung der Entlastung 100
3.5.5. Verzicht und Vergleich 100
4. Die berechtigten Personen und ihre Klagebefugnisse 100
5. Der Tatbestand von § 117 NDAG 101
6. Konzernrechtliche Verantwortlichkeitsbestimmungen 102
6.1. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen (§§ 308–310 NDAG) 102

6.2. Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages (§§ 317 und 318 NDAG) ... 104
6.3. Eingegliederte Gesellschaften ... 105
6.4. § 336 VIII NDAG ... 105
7. Verantwortlichkeit bei Verschmelzung von Gesellschaften (Fusionen) (§§ 349–351 NDAG) ... 105

§ 5 *Die Gesamtschuld im deutschen Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen* ... 106
I. Die Gesamtschuld nach allgemeinem deutschem Schadenersatzrecht ... 107
1. Der Begriff ... 107
2. Die Entstehung der Gesamtschuldverhältnisse ... 107
3. Die Unterscheidung: echte/unechte Gesamtschuldverhältnisse ... 108
4. Der Umfang der Ersatzpflicht im Gesamtschuldverhältnis ... 109
4.1 Grundsatz ... 109
4.2. Rechtfertigung dieser Ganzhaftung aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung ... 109
4.3. Die Ausnahmen vom Grundsatz der Haftung jedes Verursachers für den ganzen Schaden ... 112
4.3.1. Summenmässige Haftungsbegrenzung ... 112
4.3.2. Der Tatbestand von § 254 BGB ... 112
4.3.3. § 847 BGB ... 116
5. Der Ausgleich unter den Gesamtschuldnern ... 117
6. Die Bedeutung eines Erlasses oder eines Vergleiches in einem Gesamtschuldverhältnis ... 117
II. Die Gesamtschuld im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen ... 118
1. Die gesamtschuldnerisch haftbaren Personen ... 118
2. Die Rechtsnatur dieser Gesamtschuldnerschaft ... 119
3. Umfang dieser Gesamtschuld ... 120
3.1 Grundsatz ... 120
3.2. Ausnahmen vom Grundsatz der Haftung aller für den ganzen Schaden ... 121
3.2.1. Die Bedeutung von § 254 BGB im Verantwortlichkeitsrecht ... 121
3.2.2 Summenmässige Ersatzbeschränkung für Abschlussprüfer ... 123
4. Der interne Ausgleich ... 123
5. Vergleich und Verzicht ... 124

§ 6 *Zusammenfassung für das deutsche Recht* ... 124
I. Haftungsentlastende und haftungsreduzierende Einreden, welche sich aus der gesetzlichen Organisation der AG ergeben, und ihre Wirkung ... 124
1. Die Berufung auf den Entlastungsbeschluss der Hauptversammlung 124
2. Zustimmung eines übergeordneten Organes ... 124
3. Die Auswirkung der Delegation von Aufgaben auf die Verantwortlichkeit ... 125
II. Gestalt und Umfang der Gesamtschuld im Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen ... 125
1. Wesen der Gesamtschuld ... 125
2. Umfang der Gesamtschuld ... 125

2. Kapitel: Das französische Recht

§ 7 *Die Grundzüge der Organisation und des Verantwortlichkeitsrechts der französischen AG* ... 127
I. Allgemeines ... 127

II. Die Organisation der französischen AG ... 128
1. Allgemeines ... 128
2. Die «alte» AG mit dem conseil d'administration ... 128
3. Die «neue» AG: directoire und conseil de surveillance ... 129
4. Die commissaires aux comptes ... 130
5. Die Aktionärsversammlung ... 130
6. Die Rechtsstellung der leitenden Personen ... 130
III. Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsrechts der französischen AG ... 131
1. Zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit ... 131
2. Die verschiedenen Verantwortlichkeitstatbestände im neuen Aktiengesetz ... 132
2.1. Allgemeines ... 132
2.2. Insbesondere die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder für Fehler im Geschäftsbetrieb ... 132
2.2.1 Die verantwortlichen Personen ... 132
2.2.2 Voraussetzungen und Umfang der Haftung ... 132
2.2.2.1. Die allgemeinen Voraussetzungen ... 132
2.2.2.2. Die besonderen Voraussetzungen ... 133
2.2.2.3. Deliktische Verantwortlichkeit ... 134
2.3. Die Rechtsnatur dieser Haftung ... 134
2.4. Haftungsentlastung und Haftungsreduktion ... 135
2.4.1. Unentgeltlichkeit des Amtes ... 135
2.4.2. Zustimmung der Generalversammlung ... 135
2.4.3. Die Wirkung des Entlastungsbeschlusses und besonderer Haftungsklauseln ... 135
2.4.4. Widerspruch eines Organmitgliedes ... 135
2.5. Die klageberechtigten Personen und ihre Ansprüche ... 136

§ 8 *Die Solidarhaftung im französischen Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen* ... 137
I. Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der passiven Solidarität im französischen Schadenersatzrecht ... 137
1. Der allgemeine Grundsatz ... 137
2. Entstehung der passiven Solidarität ... 138
2.1. Vertragliche Stipulation ... 138
2.2. Anordnung durch das Gesetz ... 138
2.3. Solidarité d'origine coutumière und en matière commerciale ... 138
2.4. Insbesondere die Begründung durch deliktisches oder quasideliktisches Verhalten ... 139
3. Solidarité – obligation in solidum ... 139
4. Der Umfang der Ersatzpflicht im Solidarschuldverhältnis ... 140
4.1. Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges bei der Bestimmung der Ersatzpflicht ... 140
4.2. Die Bedeutung des Verschuldens bei der Bestimmung der Ersatzpflicht ... 141
4.3. Massgeblichkeit von anderen Ursachen, die zum Schaden beitrugen, für die Ersatzpflicht im Solidarschuldverhältnis ... 143
4.3.1 Die Bedeutung des Selbstverschuldens ... 143
4.3.2. Die Bedeutung des Drittverschuldens ... 144
5. Der Regress ... 145
6. Schulderlass ... 146
II. Die Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der französischen AG ... 146
1. Die gesetzlichen Tatbestände ... 146

2. Individuelle Verantwortlichkeit als Grundsatz 147
3. Die solidarische Haftung der Organpersonen 147
4. Der Regress 149
5. Solidarhaftung zwischen der AG und ihren Organpersonen? 150

§ 9 *Zusammenfassung für das französische Recht* 150
I. Haftungsentlastende und haftungsreduzierende Einreden, die sich aus der gesetzlichen Organisation der AG ergeben, und ihre Wirkung 150
1. Die Berufung auf den Déchargebeschluss («quitus») der Generalversammlung 150
2. Zustimmung der Generalversammlung 150
3. Aufgabendelegation 150
4. Unentgeltlichkeit des Amtes 151
II. Gestalt und Umfang der Solidarhaftung im Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen 151
1. Wesen der Solidarhaftung 151
2. Umfang der Solidarhaftung 151

3. Kapitel: Das österreichische Recht

§ 10 *Die österreichische AG: Verfassung und Verantwortlichkeitsrecht* 152
I. Allgemeines 152
II. Die Verfassung der österreichischen AG 153
III. Das Verantwortlichkeitsrecht der österreichischen AG 153

§ 11 *Die Solidarhaftung im österreichischen Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen* 154
1. Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der passiven Solidarität im österreichischen Schadenersatzrecht 154
1. Das Wesen der Solidarhaftung 154
2. Die Entstehung der Solidarschuld 155
3. Insbesondere der Tatbestand von § 1302 ABGB 155
4. Der Umfang der Solidarhaftung 155
4.1. Grundsatz 155
4.2. Übereinstimmung der Solidarhaftung des § 1302 ABGB mit den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts 156
4.3. Die Ausnahmen vom Grundsatz der Solidarhaftung als Haftung aller für den ganzen Schaden 160
4.3.1. Beschränkung der Haftpflicht auf einen summenmässigen Höchstbetrag 160
4.3.2. Der Tatbestand von § 1304 ABGB 160
4.4. Das Verhältnis von § 1302 ABGB zu § 1324 ABGB 161
5. Der Regress unter den Solidarschuldnern 163
II. Die Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der österreichischen AG im besonderen 163
1. Allgemeines 163
2. Die Unanwendbarkeit von § 1324 ABGB im Handelsrecht 164
3. Berücksichtigung des Selbstverschuldens der Gesellschaft 164
4. Summenmässige Haftungsbegrenzung der §§ 42 II und 141 II öAktG 164

§ 12 *Zusammenfassung für das österreichische Recht* 165

Schlussbetrachtungen 167

Literaturverzeichnis

1. Für das schweizerische Recht

BADERTSCHER W./SCHLEGEL H., Strassenverkehrsgesetz mit Ausführungsbestimmungen, Taschenausgabe der Bundesgesetze, 2. Auflage, Zürich 1967.

BÄR, R., Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der AG, in: ZBJV 95 S. 369ff.

– Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der AG (Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen) in ZBJV 106 S. 457ff.

BAUMBACH A./HUECK A./HUECK G./SCHULZE J., Aktiengesetz, Beck'sche Kurzkommentare Band 23, 13. Auflage, München 1968.

BECKER H., Kommentar zum schweizerischen ZGB Band VI: OR I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183), 2. Auflage, Bern 1941.

BÉGUELIN E., Die Solidarität, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 872.

BIGGEL H., Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673ff aOR, 754 ff. rev. OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen und italienischen Rechts, Diss. Zürich 1940.

BLUMENSTEIN E., Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

BRÜHLANN W., Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht, Diss. Bern 1927.

v. BÜREN B., Das schweizerische OR, Zürich 1964.

BÜRGI, W. F., Kommentar zum schweizerischen ZGB V, Das OR, 5. Teil: Die AG (Art. 698–738), Zürich 1969.

– Wandlungen im Wesen der juristischen Person, in: Staat und Wirtschaft, Festgabe Nawiasky, Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, S. 245ff.

– Interessenabwägung im Gesellschaftsrecht, in: Festgabe für Carry, Genf 1964.

– Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der AG, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965, S. 29ff. (zit. BÜRGI, Probleme).

– Tragende Ideen des Aktienrechtes, in: Festgabe Hug, Bern 1968, S. 273ff.

BURCKHARDT M., Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht, Diss. Basel 1969.

BURKI O., Pflichtprüfung und Verantwortlichkeit der Pflichtprüfer nach schweizerischem Bankengesetz und rev. OR, Diss. Zürich 1942.

BUSSY A., Motorfahrzeughaftpflicht, Schweizerische Juristische Kartothek, Karten 910ff.

CAFLISCH S., Bedeutung und Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der AG, Diss. Zürich 1961.

– Zur Frage der Haftung der herrschenden Person für die Schulden der abhängigen Gesellschaft, in: SAG 34 (1961/62) S. 94ff.

CARONI P., Zur Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung im schweizerischen Recht, ZBJV 103 S. 289ff.

DES GOUTTES R., Pluralité des responsables, in: Journal des Tribunaux 92 (1944) I S. 98.

EGGER A., Kommentar zum schweizerischen ZGB I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930.

– Kommentar zum schweizerischen ZGB II 3. Abt., Die Vormundschaft, 2. Auflage, Zürich 1948.

Eidgenössisches Statistisches Amt Bern, Die Schweiz im Zahlenbild 1968, Bern 1968.

EIGENMANN E. J., Das Reglement der AG, in: Die AG im neuen OR, Heft 11, Zürich 1952.

ENNECCERUS/NIPPERDEY, Kommentar zum BGB, Tübingen 1959.

EULAU W., Schuld und Haftung im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1937.

FEHR K., Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen Aktienrecht, in: Schweizerische Beiträge zum IV. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Genf 1954, S. 147ff.

Falkeisen E., Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat, Diss. Zürich 1947.
Felber R., Die Direktion der AG, Diss. Zürich 1949.
Fick F., Verschleierte und schieberhafte Gründung von Aktiengesellschaften, Zürich 1922.
Frankenberg Ph., Die konzernmässige Abhängigkeit, Diss. Zürich 1937.
Frick E., Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss. Zürich 1953.
Friedrich H.J., Die Institutionenlehre Maurice Haurious, Diss. Mainz 1963.
Fritzsche H., Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Bände, Zürich 1967/68.
Fromer W., Treuepflicht des Aktionärs, in: ZSR 58 S.212.
Funk F., Kommentar des OR 2.Band, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
Gautschi G., Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, in: SJZ 45 S.301.
– Die causa fiduziarischer Rechtsübertragungen, in: SJZ 54 (1958) S.268.
– Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Festgabe Oftinger, Zürich 1969, S.7 ff.
Germann O.A., Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950.
v.Gierke O., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
– Das Wesen der menschlichen Verbände, Rektoratsrede, Leipzig 1902.
Gilliard F., Vers l'unification du droit de la responsabilité, Referat in: ZSR 86 (1967) II S.193.
Glasson P., La responsabilité civile des administrateurs de la S.A. envers les créanciers sociaux, Diss. Freiburg 1936.
Gloor M.O., Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften, Diss. Zürich 1942.
Goldschmidt R., Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. Gallen 1937 (Veröffentlichungen der Handelshochschule St.Gallen, Heft 12).
Graner P., Revidiertes OR und Bankengesetz, Zürich 1937.
– Stellung und Aufgaben der internen Kontrollstelle nach revidiertem OR, in: SAG 11 S.117.
Gröner O., Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und resultierende Regressverhältnisse, Diss. Zürich 1912.
Grossen J.M., Droit suisse, in: La personnalité morale et ses limites, S.143ff, Paris 1960.
Grossfeld B., Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Habilitationsschrift Tübingen 1968.
Guhl A., Kennt das schweizerische OR einen inneren Unterschied zwischen passiver Korrealität und Solidarität? Diss. Leipzig 1908.
Guhl Th., Das schweizerische OR mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes, 5.Auflage, Zürich 1956.
– Untersuchungen zu Art.51 OR (aOR), Diss. Bern 1904.
Guisan F., in: Journal des tribunaux 1943 I S.478.
Guldimann W., Internationales Lufttransportrecht, Kommentar zu dem Abkommen von Warschau 1929/1955 und Guadalajara 1961, Zürich 1965.
Gutstein L., Das Strohmännertum in der AG, Diss. Neuchâtel 1927.
Gutzwiller M., Das Recht der Verbandspersonen, in: Schweizerisches Privatrecht II, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967.
Hartmann A., Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Diss. Bern 1942.
Hartmann R., Der Organbegriff bei der AG, Diss. Bern 1945.
Henggeler J. und E., Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten nach dem Bankengesetz und dem neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.
Hirsch A., L'organe de contrôle dans la S.A., Diss. Genf 1965.
– La responsabilité des administrateurs dans la SA, in: Sem.jud. 89 (1967) S.249ff.
– Le projet d'une société européenne et le droit suisse, Genf und St.Gallen 1967.
Hofmann E.M., Wandlungen und Tendenzen in der Rechtsstellung und Zusammensetzung der Verwaltung einer AG, Diss. St.Gallen 1954.

Holzach Ch., Der Ausschuss des Verwaltungsrates der AG und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsratsinternen Delegierungen, Diss. Basel 1960.
Hotz Ch. A., La responsabilité civile des fondateurs de la S.A., Diss. Neuchâtel 1945.
Hug W., Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes, in: Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Heft 7 (1934).
Jäggi J., Die Haftung der Verwaltung und der Kontrollorgane gegenüber der Genossenschaft, den Genossenschaftern und Gläubigern, Diss. Basel 1955.
Jäggi P., Der abhängige (fiduziarische) Verwaltungsrat, in: SJZ 56 (1960) S. 1 ff.
Jaissle I., Die Verwaltungsratsfrage der Aktiengesellschaften, eine Organisationsfrage, Diss. Zürich 1917.
Janggen/Becker, Kommentar zum schweizerischen ZGB OR VII 3. Abteilung, Die GmbH (Art. 772–827), Bern 1939.
Jhering R., Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, in: Vermischte Schriften, Leipzig 1879.
Imhof W., Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Tit. 1 und 2, Diss. Bern 1912.
Kaeslin Th., Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung, Diss. Bern 1941.
Kaufmann J., Kommentar zum schweizerischen ZGB II, Familienrecht, 3. Abteilung. Die Vormundschaft (Art. 360–456), Bern 1918.
Keller A., Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1970.
Keller, R., Mitverschulden als Generalklausel im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Diss. Tübingen 1965.
Kolb A., Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1935.
Kreis W., Die Haftung der Organe juristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Zürich 1936.
Kummer M., Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im Schweizerischen Recht, Habilitationsschrift Bern 1954.
Lanz P.U., Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrates, Diss. Basel 1968.
Leuthold J., Die passive Solidarität im schweizerischen OR, Diss. Leipzig 1903.
Locher K., Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 1941.
Meier-Hayoz A., Der Zug zur personalistischen Kapitalgesellschaft, in: Festgabe für Gschnitzer, Aalen 1969.
– Personengesellschaftliche Elemente im Recht der AG, in: Festgabe Hug, Bern 1968, S. 377 ff.
Meier-Wehrli J., Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff OR / 41 ff BkG, Diss. Zürich 1968.
Mestmäcker J.E., Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.
Meyer K., Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946.
Morant A., Die Gründung der AG nach neuem Recht, Diss. Bern 1939.
Morger H., Prüfungspflicht der internen und externen Kontrollstelle im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1957.
Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1958 (einige Male wird auch die 1. Auflage speziell zitiert).
– II, Besonderer Teil 1. Hälfte, 2. Auflage, Zürich 1960.
– II, Besonderer Teil 2. Hälfte, 1. Auflage, Zürich 1962.
Oser/Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen ZGB V OR, 1. Halbband (Art. 1–183), 2. Auflage, Zürich 1929.
Picenoni V., Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit, ein Beitrag zur Frage des abhängigen Verwaltungsrates, in: SJZ 51 (1955) S. 321.
Portmann P., Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Neue Folge Heft 335, Bern 1958.

Prüm J.J., Die Verwaltungs- und Kontrollorgane der französischen S.A., Diss. Mainz 1958.
Regelsberger, Pandekten 1. Band, Leipzig 1893.
Reichwein H., Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte einer AG und ihre Beschränkung, in: SJZ 64 (1968) S. 129 ff.
Ronner M., Aufsicht und Prüfung im Recht der AG, Diss. Zürich 1936.
Rusconi B., Quelques considérations sur l'influence de la faute et du fait du lésé dans la responsabilité causale, ZSR 82 (1963) S. 337.
Schluep W.R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.
– Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen, in: SAG 33 S. 137 ff., 170 ff und 188 ff.
Schmerschneider H., Zivilrechtliche Vorstandsverantwortlichkeit im geltenden und kommenden deutschen, schweizerischen und italienischen Aktienrecht, Diss. Heidelberg 1933.
Schönle H., Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. Fribourg 1957.
Schucany E., Kommentar zum Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1960.
– Zur Frage der rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates, in: SAG 27 S. 109.
Schucany G., Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer AG, Diss. Zürich 1949.
Schulthess B., Funktionen der Verwaltung einer AG, Diss. Zürich 1967.
Schulthess R., Die verschleierte Apportgründung der AG, Diss. Zürich 1934.
Schulz-Dornburg St., Die Verwaltung der AG in Deutschland und in der Schweiz, Diss. Zürich 1966.
Senn G., Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG und einer Kommandit-Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1947.
Serick R., Rechtsform und Realität juristischer Personen, Beitrag zum ausländischen internationalen Privatrecht 26, Berlin/Tübingen 1955.
Siegwart A., Kommentar zum schweizerischen ZGB V, Das OR, 4. Teil, Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938.
– Kommentar zum schweizerischen ZGB V, Das OR, 5. Teil, Die AG, a) Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945.
Simonius A., Die juristische Person als Mitglied eines Verwaltungsrates, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe Wieland, Basel 1934, S. 367 ff.
Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen – Geschichte und System des römischen Privatrechts 17. Auflage, Berlin 1949.
Spiro K., Verwaltungsrat und Aktienbuch, Ein Beitrag zur Delegation von Kompetenzen und zur Stellung der Minderheit im Verwaltungsrat, SAG 31 (1958/59) S. 2 f.
Stark E.W., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 1946.
– Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Referat Schweizerischer Juristenverein, Basel, ZSR 86 (1967) S. 1 ff (zit. Stark, Probleme).
v. Steiger F., Das Recht der AG in der Schweiz, 3. Auflage, Zürich 1966.
– Grundriss des schweizerischen Genossenschaftsrechts, 2. Auflage, Zürich 1963.
– Zur Frage der rechtlichen Stellung des abhängigen Verwaltungsrates, in: SAG 27 (1954/55) S. 33.
– Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, wenn alle Aktionäre im Verwaltungsrat, in: SAG 35 (1962) S. 265 ff.
– Der Verwaltungsrat und sein Präsident, Aufgaben und Befugnisse, in: Die AG im neuen OR, Heft 4, Zürich 1939.
v. Steiger W., Kommentar zum schweizerischen ZGB V, Das OR, 5. Teil, c) Die GmbH (Art. 772–827), Zürich 1965.
– Die Rechtsverhältnisse der Holding in der Schweiz, in: ZSR 62 (1943) S. 195 a ff.
– Über die Verantwortungen des Hauptaktionärs, in: ius et lex, Festgabe Gutzwiller, Basel 1959, S. 699 ff.

– Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der AG, in: ZBJV 91bis S. 334ff.
Strebel J., Kommentar zum MFG.
– Haftpflicht und Haftpflichtversicherung nach dem Bundesgesetz über den Strassenverkehr, in: Zeitschrift für Sozialversicherung (SZS) 1959 S. 85ff.
Stucki R., Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss. Zürich 1966.
Tobler E., Die Haftungsverhältnisse in verbundenen Unternehmungen, Diss. Bern 1948.
v. Tuhr A., Allgemeiner Teil zum BGB, München 1910.
v. Tuhr/Siegwart, Der Allgemeine Teil des schweizerischen OR, 2. Auflage, Zürich 1944.
Tuor/Schnyder, Das schweizerische ZGB, 8. Auflage, Zürich 1968.
Vischer F., Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festschrift Schönenberger, Fribourg 1968, S. 345 ff.
Vischer F./Rapp F., Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968.
Walder H., Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, in: ZBJV 104 S. 161ff.
Wander J., Die Organe einer AG und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht, Diss. Bern 1958.
v. Wattenwyl R., Ausserkontraktliche Haftung des Aufsichtspflichtigen, Diss. Zürich 1925.
Weber H. H., Die Kontrollstelle der AG nach geltendem Recht, Diss. Zürich 1961.
Wehrli U., Die Entlastung der Kontrollstelle einer AG, in: SJZ 40 S. 310ff.
Weiss G., Das Aktienrecht, Kommentar zum schweizerischen ZGB, OR VII, 2. Abt. Das Aktienrecht, Einleitung, Bern 1956.
Wetter E., Bankenkrisen und Bankkatastrophen der letzten Jahre in der Schweiz, Habilitationsschrift Zürich 1918.
Wieland A., Die verschleierte Apportgründung, Basler Studien, Heft 28.
– Die Grenzen des Schadenersatzanspruches des Aktionärs, in: SJZ 43 S. 106.
Wieland K., Handelsrecht, 2 Bände, München/Leipzig 1921 und 1931.
Wiethölter R., Interesse und Organisation der AG im amerikanischen und deutschen Recht, Habilitationsschrift Köln 1960.
Wilhelm G., Quelques aspects de la responsabilité civile des administrateurs des S.A., Diss. Lausanne 1967.
Wohlmann H., Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968.
Wolfensberger H. R., Die summenmässige Beschränkung der Haftung für Personenschäden, Diss. Zürich 1966.
Wolfers H., Die Genossenschaftverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1947.
Wyler B., Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der AG, Diss. Zürich 1943.
Zimmermann H., Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, in: Die AG im neuen OR, Heft 9, Zürich 1946.
– Zur Frage der Möglichkeit der Schadenersatzklage des Aktionärs gegen die Gesellschaft, in: SAG 18 S. 117.
Zumstein J., Le caractère institutionel de la S.A., Diss. Lausanne 1954.
Zweifel H. P., Das Verhältnis zwischen mehreren Personen, die aus verschiedenen, gleichartigen Rechtsgründen haften, Diss. Basel 1950.

2. Für das deutsche Recht

Baumbach A./Hueck A./Hueck G./Schulze J., Aktiengesetz, Beck'scher Kurzkommentar Band 23, 13. Auflage, München 1968.
Buxbaum W., Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe Band 7, Karlsruhe 1965.
Bydlinski F., Mittäterschaft im Schadensrecht, in: AcP 158 S. 410 ff, Tübingen 1959/60.
Crome C., Von der Solidarität aus unerlaubter Handlung, in: Jherings Jahrbücher 35 (1896) S. 100 ff, Jena 1896.

Dilcher G., Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld, in: JZ 67 (1967) S. 110ff.
Dose St., Die Rechtsstellung der einzelnen Vorstandsmitglieder in einem mehrgliedrigen Vorstand der AG unter besonderer Berücksichtigung der Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden nach dem neuen Aktiengesetz vom 6. September 1965, 2. Auflage, Bad Schwartau 1968.
Dunz, Berücksichtigung des eigenen Mitverschuldens gegenüber mehreren Haftpflichtigen, in: JZ 55 (1955) S. 727ff.
Engelhardt, Anmerkungen zum Urteil BGHZ 16.6.1959, in: NJW 1959 S. 2059.
Enneccerus L./Lehmann H., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Auflage, Tübingen 1954.
Erman W., Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 4. Auflage, Münster 1967.
Esser J., Schuldrecht, 2 Bände, 3. Auflage, Karlsruhe 1968.
Gessler J. H., Aktiengesetz, Kommentar Frankfurt 1969.
Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1967 (einige wenige Male wird auch die 2. Auflage zitiert).
Golling H. J., Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen AG, Köln 1968.
Gröben H., Auf dem Weg zu europäischen Aktiengesellschaften, in: Die AG, 1967, S. 95, 169.
Grossfeld B., Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Habilitationsschrift Tübingen 1968.
Grosskommentar zum Aktiengesetz begründet von Gadow/Heinichen, 2. Auflage unter Mitarbeit von Barz, Fischer, Klug, Mellerowicz, Meier-Landrut, Schilling, Schmidt, Berlin 1961 [zit. GK (Mitarbeiter) § ... ADAG Anm. ...].
Heck Ph., Grundriss des Schuldrechtes, Tübingen 1929.
Jagenburg W., Aktienrecht als Organisationsrecht, in: Die AG 1965 S. 156ff.
Keller R., Mitverschulden als Generalklausel im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Diss. Tübingen 1965.
Keuk B., Die Solidarhaftung der Nebentäter, in: AcP 168 S. 175ff.
Koch E., Probleme der Schadensabwägung zwischen Nebentätern und einem mitschuldigen Verletzten, in: NJW 1967 S. 181ff.
Kreller H., Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern, in: AcP 146 S. 97ff.
Larenz K., Lehrbuch des Schuldrechtes, 2 Bände, 3. Auflage, München/Berlin 1958.
– Tatzurechnung und «Unterbrechung des Kausalzusammenhanges», in: NJW 55 (1955) S. 1009.
Mestmäcker E. J., Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Habilitationsschrift Karlsruhe 1958.
Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurzkommentare Band 7, 28. Auflage, München und Berlin 1969.
Pflüger K. H., Neue Wege der Verwaltungskontrolle im Aktienrecht, Hamburg 1969.
Raisch P., Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld, in: JZ 1965 S. 705.
Schlegelberger/Quassowsky, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Berlin 1939.
Schulz-Dornburg St., Die Verwaltung der Aktiengesellschaft in Deutschland und in der Schweiz, Diss. Zürich 1966.
Sörgel H. T./Siebert W., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bände II und III, Schuldrecht, 10. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967.
Venzmer K. J., Mitverursachung und Mitverschulden im Schadenersatzrecht, München/Berlin 1960.
Wiethölter R., Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Habilitationsschrift, Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe Band 1, Karlsruhe 1961.
Würdinger H., Aktien- und Konzernrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1966.

3. Für das französische Recht

Carbonnier J., Droit civil II, Les biens et les obligations, 5. Auflage, Paris 1967.

Dalsace A., Manuel des sociétés anonymes, 4. Auflage, Paris 1967.

Derrida F., De la solidarité commerciale, in: Rev. trim. de dr. comm. 1953 S. 347ff.

Escarra J./Escarra E./Rault J., Traité théorique et pratique du droit commercial, Les sociétés commerciales Band IV, Paris 1959.

Fassier J., La responsabilité civile des administrateurs et la gestion de la société anonyme. Diss. Paris 1944.

Friedrich H. J., Die Institutionenlehre Maurice Haurious, Diss. Mainz 1963.

Gouget Ch., La responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes, Diss. Paris 1943.

Granger, La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions, Diss. Paris 1951.

Hamel/Lagarde, Traité de droit commercial Band I, Paris 1954.

Hamiaut M., La réforme des sociétés commerciales (loi nº 66–537 vom 24. Juli 1966), Band II, Les sociétés par actions, Paris 1966.

Houin R., Einleitung zum 4. Band der Reihe: Ausländische Aktiengesetze: Französisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt/Berlin 1968.

Houpin C./Bosvieux H., Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 6. Auflage, Paris 1929.

Jura Europae Gesellschaftsrecht I, Fortlaufende Publikation, München/Paris.

Lalou H., Traité pratique de la responsabilité civile, 5. Auflage, Paris 1955.

Lyon-Caen Ch./Renault L., Traité de droit commercial, 5. Auflage, Band II 2. Teil, Paris 1929.

Mazeaud H./Mazeaud L./Tunc A., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle Band II, 5. Auflage, Paris 1958 (einige Male wird auch die 2. Auflage gesondert zitiert).

Pic P./Kréher J., Traité générale théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales Band II, 3. Auflage, Paris 1954.

Planiol M./Ripert G./Esmein P., Traité pratique de droit civil français Band VII, Obligations, 2. Teil, 2. Auflage, Paris 1954.

Prüm J. J., Die Verwaltungs- und Kontrollorgane der französischen S. A., Diss. Mainz 1958.

Ripert G./Boulanger J., Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol Band II, 2. Auflage, Paris 1947.

Ripert G./Roblot R., Traité élémentaire de droit commercial. Les sociétés, 6. Auflage, Paris 1968.

Savatier R., Traité de la responsabilité civile en droit français Band II, 2. Auflage, Paris 1951.

Staber, W., Zur Reform des Gesellschaftsrechtes in Frankreich, in: Die AG 1967, S. 9ff.

Vincent J., L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, in: Rev. trim. de dr. civ. 38 (1938) S. 601 ff.

Vuillermet G. H., Droit des sociétés commerciales, Nouvelle législation, 3. Auflage, Paris 1969.

Zumstein J., Du caractère institutionnel de la société anonyme, Diss. Lausanne 1954.

4. Für das österreichische Recht

Adler, K., Über Zwecke und Wirkungen der Gesamtschuld, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911, 2. Teil, S. 881ff, Wien 1911.

Bauerreiss W., Zur Auslegung der §§ 1301 und 1302 ABGB, in: Gedenkschrift für F. Gschnitzer, S. 53ff, Aalen 1969.

Bydlinski F., Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, in: Abhandlungen aus dem gesamten bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 28. Heft, Stuttgart 1964.
– Haftung bei alternativer Kausalität, in: JBl 1959 (81) S. 1 ff.
Demelius H., Handelsgesetzbuch und handelsrechtliche Nebengesetze, 26. Auflage, Wien 1968.
Ehrenzweig A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Band II 1. Hälfte, Das Recht des Schuldverhältnisses, 2. Auflage, Wien 1928.
Geiringer J., Die Verantwortlichkeit der Verwaltung der AG, in: JBl 1953 S. 141 ff.
Gschnitzer F., Lehrbuch des österreichischen Rechts, Schuldrecht, 2 Bände, I Allgemeiner Teil, Wien 1965, II Besonderer Teil, Wien 1963.
Hämmerle H., Handelsrecht II, Graz/Wien/Köln 1959/60.
Hasenöhrl V., Das österreichische Obligationenrecht, 2 Bände, 2. Auflage, Wien 1892/1899.
Kapfer H., Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 28. Auflage, Wien 1967.
Kastner W., Einleitung zum österreichischen Gesetz über Aktiengesellschaften, in: Ausländische Aktiengesetze Band 12, Frankfurt/Berlin 1965.
– Zur dienstrechtlichen Stellung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, in: öJZ 1949 S. 7 ff.
Klang H./Gschnitzer F., Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band IV 1. Halbband, §§ 859–1044, Wien 1968.
– idem Band VI, §§ 1293–1502, Wien 1951.
Krasnopolski H., Lehrbuch des österreichischen Privatrechts III, Österreichisches Obligationenrecht, Wien 1910.
Leonhard R., Die Gesamtschuldner im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911, 2. Teil, S. 847 ff, Wien 1911.
Pisko O., Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, Wien 1923.
Stubenrauch M., Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band II, 8. Auflage, Wien 1903.

Verwendete Abkürzungen

1. Für das schweizerische Recht

A.A.	Anderer Ansicht
AtG	Atomgesetz: Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dezember 1959
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BkG	Bankengesetz: Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934.
Diss.	Dissertation
ElG	Elektrizitätsgesetz: Bundesgesetz über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen vom 24. Juni 1949
GV	Generalversammlung
Habil.	Habilitationsschrift
JT	Journal des tribunaux (Lausanne) I. Teil
Komm.	Kommentar
LFG	Luftfahrtgesetz: Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948
LTrR	Lufttransportreglement vom 3. Oktober 1952
MFG	Motorfahrzeuggesetz: Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932
N.	Note
OR	Obligationenrecht: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
SchKG	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sem. jud.	La semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische juristische Kartothek (Genf).
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SSchG	Seeschiffahrtsgesetz: Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge vom 23. September 1953
Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (NR: Nationalrat)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
SVG	Strassenverkehrsgesetz: Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
vgl.	vergleiche
WA	Warschauer Abkommen: Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. Oktober 1929. Revidiert 28. September 1955 durch das Abkommen vom Haag
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge (Basel)

2. Für das deutsche Recht

AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADAG	Altes deutsches Aktiengesetz vom 30. Januar 1937
Anm.	Anmerkung
BGB	Deutsches bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HaftpflichtG	Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen (Reichshaftpflichtgesetz) vom 7. Juni 1871
HGB	Deutsches Handelsgesetzbuch
JZ	Deutsche Juristenzeitung
LuftverkehrsG	Luftverkehrsgesetz
NDAG	Neues deutsches Aktiengesetz vom 6. September 1965
NJW	Neue juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
StrVG	Strassenverkehrsgesetz

3. Für das französische Recht

CC	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. comm.	Code de commerce
J. C. P.	Jurisclasseur périodique
l. s. s.	Loi sur les sociétés vom 24. Juli 1966.
Rev. trim de dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. de dr. comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. de soc.	Revue des sociétés

4. Für das österreichische Recht

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AngG	Angestellten-Gesetz
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
JBl	Juristische Blätter
öAktG	Österreichisches Aktiengesetz
öJZ	Österreichische Juristenzeitung
SZ	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes

1. Teil: Das schweizerische Recht

§ 1 Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsrechts der schweizerischen AG

I. Die gesetzlichen Verantwortlichkeitstatbestände

1. Die Systematik des OR

Das schweizerische OR unterscheidet grundsätzlich zwischen der aus dem Wesen der juristischen Person resultierenden Haftung der AG für die Tätigkeit ihrer Organe (Art. 55 ZGB und Art. 718 OR)[1] und der individuellen Verantwortlichkeit einzelner, für die Gesellschaft tätig werdender Personen für deren Pflichtverletzungen bei dieser Tätigkeit (Art. 752 ff OR).

Im Gegensatz zu den meisten andern Aktiengesetzen regelt das OR die Verantwortlichkeit der im Rahmen einer AG oder bei ihrer Gründung tätigen Personen in einem eigenen Abschnitt in zehn Artikeln. Hauptsächlich drei Tatbestände werden unterschieden:

a) die Prospekthaftung[2] (Art. 752 OR),
b) die Gründerhaftung (Art. 753 OR),
c) die Haftung aus Geschäftsführung und Kontrolle (Art. 754 OR).

Dazu ist die Haftung der Liquidatoren nach Art. 754 II OR und diejenige des Sachwalters nach Art. 725 IV OR zu erwähnen.

[1] Es fällt auf, dass Art. 698 OR wohl von der GV als dem obersten Organ spricht, dass aber weder die Organisations- noch die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts (Art. 718 und 754 OR) den Begriff «Organ» verwenden. Vielmehr wird in diesen Artikeln nur von Personen gesprochen, welche die Vertretung, Geschäftsführung oder Kontrolle in der Gesellschaft ausüben. Verschiedene Autoren haben daraus den Schluss gezogen, dass es im Aktienrecht nicht auf die Eigenschaft als Organ ankommt. HENGGELER S. 31, FELBER S. 20, ZIMMERMANN S. 65, OFTINGER 1. Aufl. S. 484, EIGENMANN S. 27, BIGGEL S. 13 ff, MEIER-WEHRLI S. 18 ff. ZIMMERMANN folgert daraus, dass Art. 718 und 754 OR eine in sich geschlossene, konkretisierte und autonome Regelung darstellt, welche die Massgeblichkeit des in Art. 55 ZGB verwendeten Organbegriffes ausschliesst. Demgegenüber ist wohl eher OFTINGER zu folgen, welcher die Regelung in Art. 718 und 754 OR als eine den Organbegriff von Art. 55 ZGB konkretisierende Norm betrachtet. OFTINGER 1. Aufl. S. 482, auch FELBER S. 20, MEIER-WEHRLI S. 21. Die Konkretisierungsversuche der Begriffe «Geschäftsführung» und «Vertretung» führen nämlich letztlich zu den gleichen Abgrenzungsproblemen, wie die Diskussion um Organ oder Hilfsperson.

[2] Zu den Begriffen «Verantwortlichkeit» und «Haftung» vgl. MEIER-WEHRLI S. 1 ff, und BIGGEL S. 10.

2. Die materielle Ausgestaltung

2.1. *Die Haftung aus Art. 718 OR*

2.1.1. Allgemeines

Die Verantwortlichkeit der Gesellschaft für das Handeln ihrer Organe ist von der persönlichen Haftung der Organträger[1] klar zu trennen. In vielen Fällen stellt sich aber das Problem der gleichzeitigen Belangbarkeit von Gesellschaft und Einzelpersonen. Eine Abgrenzung der Tatbestände mag deshalb nützlich sein.

2.1.2. Die Haftung der Gesellschaft für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe

Art. 718 III OR stellt die unumschränkte Haftbarkeit der Gesellschaft für die unerlaubten Handlungen fest, welche die Geschäftsführer und Vertreter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begehen. Nur wenn diese Personen in ihrer Funktion als Geschäftsleiter auftreten, entsteht die Verantwortlichkeit der Gesellschaft. Daneben haften natürlich auch die Delinquenten persönlich aus Art. 41 OR. Zwischen der Gesellschaft und den Delinquenten besteht Solidarität[2]. In der Regel stellt eine unerlaubte Handlung zugleich eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 752 ff OR dar[3].

2.1.3. Die Haftung der Gesellschaft für die Schäden aus Geschäftsführung und Vertretung

Wo die schädigende Tätigkeit keine unerlaubte Handlung darstellt, fragt es sich, ob und wann sowohl die Gesellschaft wie die Einzelpersonen oder wann nur die Gesellschaft belangt werden kann.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass zu einer Verantwortlichkeit der Einzelpersonen eine verschuldete Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 752 ff OR vor-

[1] Die in der Schweiz mehrheitlich vertretene Organtheorie unterscheidet zwischen dem Organ (als Funktionsträger) und dem die Organtätigkeit ausübenden Individuum, dem sogenannten Organträger. KREIS S. 27, MEYER S. 35, ZIMMERMANN S. 65, PICENONI SJZ 51 S. 323. Es wird angenommen, zwischen der AG und diesen Personen bestehe nicht bloss die gesetzliche Organbeziehung, sondern zusätzlich ein Arbeitsvertragsverhältnis. BGE *75* II 153 gegenteilig aber *44* II 138.

Es besteht eine umfangreiche Kontroverse, ob hier ein wirkliches Auftrags- bzw. Dienstvertragsverhältnis oder ein contractus sui generis vorliegt. Für Auftrag: KAESLIN S. 21, WANDER S. 47, PICENONI SJZ 51 S. 323, GUTZWILLER S. 492, W. v. STEIGER ZBJV 91[bis] S. 353, F. v. STEIGER, Recht der AG, S. 215. Für contractus sui generis HARTMANN R. S. 57, KOLB S. 12.

In Deutschland wird unterschieden zwischen dem einseitigen, körperschaftlichen Bestellungsakt des Vorstandes und des Aufsichtsrates und dem dadurch abgeschlossenen Anstellungsvertrag (meist ein Dienstvertrag). BAUMBACH/HUECK § 84 Anm. 3 ff.

[2] EGGER Komm. Art. 55 ZGB N. 22, OSER/SCHÖNENBERGER Komm. Art. 51 N. 9, KREIS S. 79, PORTMANN S. 41, offenbar auch das Bundesgericht in BGE *32* II 520, *61* II 234.

[3] Dass dies nicht immer der Fall sein muss, vgl. F. v. STEIGER, Recht der AG, S. 267 ff.

liegen muss. Dagegen haftet die Gesellschaft für alle Schäden aus Geschäftsführung und rechtsgeschäftlicher Vertretung (Art. 718 I OR).

Für die Ersatzansprüche der Aktionäre oder Gläubiger gegenüber der Gesellschaft bzw. ihren leitenden Personen muss auf die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Schädigung der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger hingewiesen werden.

Ein unmittelbarer (direkter oder primärer) Schaden liegt z. B. vor, wenn ein Gläubiger durch ungenaue oder falsche Angaben zur Kreditgewährung veranlasst oder wenn das Bezugsrecht der Aktionäre verletzt wurde. Dagegen spricht man von mittelbarem (sekundärem) Schaden, wenn Gläubiger und Aktionär nur indirekt durch Schädigung der Gesellschaft betroffen sind. Nach Art. 755 OR steht den Aktionären und Gläubigern sogar bei mittelbarer Schädigung ein Ersatzanspruch gegen die aktienrechtlich verantwortlichen Personen zu[1]. Allerdings ist das Interesse an einer solchen Klage deshalb gering, weil erstens das Prozessrisiko allein beim Kläger liegt und zweitens ein eventueller Prozessgewinn an die Gesellschaft fällt[2]. Zudem wird dieses Klagerecht durch das Gesetz in erheblicher Weise eingeschränkt. Art. 758 OR macht die Klage des *Gläubigers* gegen eine leitende Person von der Konkurseröffnung über die Gesellschaft abhängig[3]. Praktisch wird damit die Verantwortlichkeitsklage des Gläubigers aus mittelbarem Schaden auf den Fall beschränkt, dass er von der Gesellschaft nicht mehr befriedigt werden kann. Der Gläubiger muss sich zuerst an seinen eigentlichen Vertragspartner, die Gesellschaft, halten. Nach Art. 756 I OR wird das Klagerecht vorerst von der Konkursverwaltung ausgeübt. Erst nach ihrem Verzicht könnte der Gläubiger die Abtretung des Anspruches gemäss Art. 756 II OR, d. h. die Übertragung der Prozessführungsbefugnis[4], verlangen. Diese Abtretung kann zum eigenartigen Ergebnis führen, dass Art. 755 OR teilweise in seiner Wirkung aufgehoben wird, indem – durch den Verweis auf Art. 260 SchKG – das Prozessergebnis jetzt an den Gläubiger persönlich fällt[5].

Das Klagerecht des *Aktionärs* besteht grundsätzlich sowohl im Konkurs der Gesellschaft wie ausserhalb. Es wird aber durch Art. 757 OR beträchtlich eingeschränkt. Zur Klage ist nämlich nur legitimiert, wer weder dem Entlastungsbeschluss der Generalversammlung zugestimmt, noch Aktien in Kenntnis die-

[1] Diese Regelung der Aktivlegitimation stellt insofern eine Ausnahme dar, als das OR sonst Schadenersatzansprüche nur aus direktem Schaden anerkennt.

[2] Vgl. dagegen die Bedeutung und Wirkung der «derivative suit» nach amerikanischem Recht. Grossfeld S. 223 ff.

[3] Art. 758 OR steht damit im Widerspruch zu Art. 755 OR. Vgl. Meier-Wehrli S. 90 f, Fehr S. 153.

[4] Meier-Wehrli S. 100.

[5] Zum Verhältnis von Art. 756 II OR und Art. 260 SchKG vgl. Fehr S. 153, Meier-Wehrli S. 99 ff, Henggeler S. 50.

ser Schlussnahme erworben, noch die sechsmonatige Klagefrist seit der Schlussnahme verpasst hat[1].

Die Gesellschaft kann in diesen Fällen nicht parallel belangt werden. In erster Linie ist ja sie selbst die Geschädigte, so dass der Ersatzanspruch primär ihr zustehen würde. Auch müsste sie sich selber Ersatz leisten, weil der Aktionär oder Gläubiger nur Anspruch auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft hat.

Wesentlich anders liegen aber die Dinge bei Vorliegen eines *direkten Schadens* der Aktionäre oder Gläubiger, wo die Ersatzleistung unmittelbar dem Geschädigten und klagenden Teilhaber (oder Gläubiger) zufällt. Kann sich ein Gläubiger, der durch ungenaue Angaben über die Finanzlage der Gesellschaft zur Kreditgewährung veranlasst wurde, sowohl an die Gesellschaft wie an die leitenden Personen, welche ihn falsch informierten, halten[2]?

Aus dem Marginale zu Art. 755 OR ist deutlich ersichtlich, dass für die Tatbestände direkter Schädigung das Klagerecht des Gläubigers nicht von der vorgängigen Konkurseröffnung über die Gesellschaft abhängig ist[3]. Art. 758 OR – wie übrigens Art. 756 I OR – bezieht sich nur auf die Tatbestände mittelbarer Schädigung.

Daraus ist zu folgern, dass der Geschädigte hier an keine Reihenfolge gebunden ist, sondern die verantwortlichen Einzelpersonen noch vor der Gesellschaft belangen könnte. Das Bundesgericht führt allerdings in einem in SAG 25 S. 140 ff publizierten Entscheid zu einem Ersatzanspruch aus direktem Schaden gegen ein ehemaliges Verwaltungsratsmitglied aus:

«Lorsqu'un créancier social entend s'en prendre à un des organes de la société (administrateur, contrôleur) l'action n'est pas recevable qu'autant que l'organe recherché a causé le dommage par un acte ou une intervention révélant une intention ou une volonté qui lui est strictement personnelle.»

«En revanche, lorsque l'administrateur est intervenu exclusivement en sa qualité de représentant de la société, qu'il s'est borné à agir au nom et pour le compte de cette dernière en tant que partie au contrat avec un tiers, alors l'action en dommages-intérêts ne peut être dirigée que contre la société.»

Nach dieser Argumentation ist eine Verantwortlichkeitsklage des Gläubigers aus direktem Schaden nur möglich, wenn die Schädigung offensichtlich aus einer Tätigkeit resultiert, die nicht mehr gewissenhafte Geschäftsführung, son-

[1] Zur Wirkung dieses Entlastungsbeschlusses ist immerhin festzuhalten, dass er sich nur auf diejenigen Handlungen und Tatbestände bezieht, die zur Zeit der Beschlussfassung den Aktionären bekannt oder nach Treu und Glauben erkennbar gewesen sind. BGE *95* II 320, *65* II 10, *34* II 501.

[2] Wo ein Gläubiger durch wissentlich unwahre Auskünfte zur Kreditgewährung verleitet wurde, wäre die Haftung sowohl der Gesellschaft wie der Informanden aus Art. 41 OR begründet. BGE *61* II 228, *23* II 1071.

[3] Vgl. auch Meier-Wehrli S. 92, dort auch zum bankenrechtlichen Tatbestand von BGE *62* III 188.

dern Handeln aus persönlichem Willen und Interesse ist. Ob mit dieser Umschreibung das Verhältnis zwischen den Ansprüchen gegen die Gesellschaft und den Verantwortlichkeitsansprüchen geklärt ist, bleibt zweifelhaft. Die Formulierung des Bundesgerichtes liesse eine Verantwortlichkeitsklage aus fahrlässiger Pflichtverletzung einer leitenden Person kaum zu. Art. 754 OR sieht aber ausdrücklich die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus leichtem Verschulden vor[1]. Würde ein Vertrag also durch eine fahrlässige Pflichtwidrigkeit eines Vertreters der Gesellschaft verletzt, so könnte der Gläubiger sowohl gegen die Gesellschaft wie gegen die betreffende Person vorgehen. Und wie steht es mit den Ansprüchen des Aktionärs aus eigenem unmittelbarem Schaden? Die Verantwortlichkeitsklage gegen leitende Personen aus direktem Schaden ist nicht beschränkt durch die in Art. 757 OR angeführten Voraussetzungen. Art. 757 OR gilt nur für Ansprüche herrührend aus mittelbarer Schädigung. Der Aktionär kann solche Ersatzansprüche sowohl im Konkurs wie ausserhalb selbständig geltend machen.

Dagegen werden direkte Ansprüche der Aktionäre gegen die Gesellschaft durch den Grundsatz in Frage gestellt, dass das im Aktienkapital gebundene Gesellschaftsvermögen den Aktionären in keiner Weise zurückbezahlt werden darf. Nur im Umfang des nicht gebundenen Gesellschaftsvermögens wäre eine solche Klage gegen die Gesellschaft erfolgreich[2].

2.2. *Die Haftung aus Art. 752 ff OR*

2.2.1. Allgemeines

Das Verantwortlichkeitsrecht steht auf dem Boden der Verschuldenshaftung. Die in Art. 752, 753 und 754 OR bezeichneten Personen haften nur, sofern ihnen persönlich ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Allerdings begründet leichteste Fahrlässigkeit die Anwendung von Art. 752 ff OR. Diese Verschärfung der Verschuldenshaftung auf culpa levissima ist das Resultat der durch die grosse Bankenkrise der zwanziger und dreissiger Jahre beeinflussten Gesellschaftsrechtsreform von 1936[3].

2.2.2. Die Prospekt- und Gründerhaftung

Erst anlässlich der Gesetzesrevision von 1936 wurde die Prospekthaftung des Art. 752 OR aus den Bestimmungen über die Gründerverantwortlichkeit zu

[1] Dies im Gegensatz zu Art. 674 aOR (vor 1936), BGE *61* II 228, *46* II 453.

[2] Dazu ZIMMERMANN SAG 18 S. 117, WIELAND in SJZ 43 S. 106 und 117f. Das gleiche gilt auch für eine eventuelle Klage des Aktionärs aus Art. 41 OR gegen die Gesellschaft. Zur Problematik der Aktionärsklage im Konkurs vgl. FEHR S. 153ff, FRICK S. 108, MEIER-WEHRLI S. 102ff. Der Aktionär wird auch hier nur dann berücksichtigt, wenn die Forderungen aller Gläubiger gedeckt sind.

[3] Vgl. die Botschaft des Bundesrates 1928 S. 60.

einem selbständigen Haftungstatbestand ausgestaltet[1]. Ihre Bedeutung ist heute allerdings gering. Das Gesetz sieht den Prospektzwang nur für die Sukzessivgründung (Art. 631 OR) und für die öffentliche Ausgabe neuer Aktien (Art. 651 OR) vor. Da die Sukzessivgründung praktisch nie mehr verwendet wird, dürfte die Prospekthaftung nur mehr bei der Ausgabe neuer Aktien oder Obligationen eine Rolle spielen.

Die Gründerverantwortlichkeit, oder besser «Gründungsverantwortlichkeit»[2], von Art. 753 OR bildet neben der Haftung aus mangelhafter Geschäftsführung gemäss Art. 754 OR einen wirksamen Gläubigerschutz. Weil einem Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen haftet, war es nach den zahlreichen schwindelhaften und schieberischen Gründungen unter der Herrschaft des alten OR (vor 1936)[3] ein Anliegen der Revision, das in den Statuten verankerte Gesellschaftskapital auch tatsächlich sicherzustellen. Zu diesem Zweck wurde einerseits die Verantwortlichkeit der Gründer erheblich verschärft[4], andererseits auch die Prüfungspflichten der Aktionäre und der Handelsregisterbehörden ausgebaut[5].

Kontrovers war lange Zeit die rechtliche Erfassung der sogenannten Nachgründungen (verschleierte Apport- oder Übernahmegründungen)[6]. Art. 753 Ziff. 1 unterstellt diese Tatbestände der Gründerverantwortlichkeit[7,8].

2.2.3. Die Haftung aus Geschäftsführung und Kontrolle

Bereits haben wir darauf hingewiesen, dass wir dem Umstand, dass weder Art. 718 noch Art. 754 OR den Begriff «Organ» verwenden, keine wesentliche Bedeutung zumessen[9]. Wie bei den übrigen juristischen Personen ist für die Verantwortlichkeit nicht die formelle Bezeichnung einer Person als Direktor oder Organ

[1] Henggeler S. 13, Botschaft 1928 S. 60/61.

[2] Das schweizerische Recht kennt keinen rechtlichen Gründerbegriff wie etwa das deutsche. Auf das Rechtsverhältnis zwischen den mitwirkenden Personen und der zukünftigen Gesellschaft kommt es nicht an. So kann auch der für die eigentlichen Gründer tätige Anwalt, Notar und Handelsregisterführer verantwortlich werden. Hotz, S. 77ff, Henggeler S. 17, Morant S. 49ff.

[3] Vgl. F. Fick, Die verschleierte und schieberische Gründung von Aktiengesellschaften. Schulthess, Die verschleierte Apportgründung.

[4] Das alte OR sah eine Haftung der Gründer nur vor, wenn diese wissentlich an einer fehlerhaften Gründung mitwirkten.

[5] Art. 633 OR, der Bareinzahlung auf eine kantonale Depositenstelle voraussetzt. Auch Art. 635, 636, 640, 643 OR.

[6] Wieland, Basler Studien Heft 28, Henggeler S. 28ff, Morant S. 10ff.

[7] Verschiedene Autoren vertreten die Ansicht, die Realisierung solcher vor der Gründung abgeschlossener Verträge nach der Gründung gehöre in den Bereich einer sorgfältigen Geschäftsführung und begründe auch die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane gemäss Art. 754 OR.

[8] In BGE *64* II 282 qualifizierte das Bundesgericht eine verschleierte Sacheinlagegründung im Interesse der Verkehrssicherheit als Bargründung, bei der die zeichnenden Aktionäre (Gründer) für die volle Liberierung ihrer gezeichneten Aktien verantwortlich bleiben. Vgl. dazu Wieland, Apport, S. 31ff, insbes. S. 43.

[9] Vgl. oben Ziff. 1.

der Gesellschaft wesentlich[1], sondern die selbständige Entscheidungsbefugnis dieser Person innerhalb der Gesellschaft[2]. Im Interesse gutgläubiger Dritter kann sich aber ein im Handelsregister eingetragenes Verwaltungsratsmitglied auch nicht darauf berufen, es handle in Tat und Wahrheit bloss nach den Instruktionen Dritter. Bei solchen Strohmannverhältnissen begründet schon die formelle Stellung als Verwaltungsratsmitglied die aktienrechtliche Verantwortlichkeit[3].

Im Zusammenhang mit Art. 754 OR von einer «Organhaftung» sprechen zu wollen geht nicht an. Nicht das «Organ» als solches, dem ja auch keine Rechtspersönlichkeit zukommt, nur die Organträger unterstehen dieser Haftung, sofern ihnen ein persönliches Verschulden nachgewiesen werden kann. Die Organmitglieder haben demzufolge auch nicht füreinander einzustehen.

2.2.4. Die Haftung aus unerlaubter Handlung

Deliktische Ansprüche entstehen dann, wenn die Pflichtverletzung einer nach Art. 752 ff OR verantwortlichen Person eine unerlaubte Handlung (Verletzung eines Gebotes der allgemeinen Rechtsordnung oder einer speziellen Schutzbestimmung) darstellt. Der Ersatzanspruch für den aus einer solchen Handlung entstandenen primären Schaden kann sowohl der Gesellschaft wie den Aktionären und Gläubigern (und weiteren Geschädigten) zustehen (Art. 41 OR). Die Klage aus Art. 41 OR hat aber neben der Verantwortlichkeitsklage viel von ihrer ursprünglichen Bedeutung eingebüsst, da seit 1936 auch fahrlässige Pflichtverletzungen die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen[4].

[1] Felber S. 2, Biggel S. 12 ff, Meier-Wehrli S. 19, Schucany Giov. S. 85, BGE *48* II 56, ZR 44 Nr. 70.

[2] Das Bundesgericht unterstellte auch schon einen Prokuristen dieser Verantwortlichkeit. BGE *68* II 301, auch ZBJV 106 S. 281.

[3] BGE *59* II 453, Biggel S. 12, Meier-Wehrli S. 22, Bürgi, Komm. Art. 707 N. 3, Art. 712 N. 8 und 10, ZR 60 Nr. 98, 58 Nr. 70, SAG 27 S. 36, Gutstein, Das Strohmännertum in der AG. Vgl. aber SAG 23 S. 182.

Zur Verantwortlichkeit der verdeckten und offenen Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer AG Meier-Wehrli S. 21 ff. Die Frage, ob auch die delegierende Gesellschaft der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu unterstellen sei, kann wohl gleich beantwortet werden, wie diejenige nach der Haftung natürlicher Personen als Hintermänner. Eine Haftung wird dann bejaht, wenn der Hintermann die Gesellschaft tatsächlich leitet. BGE *78* IV 30 ff, *76* II 166, ZR 58 Nr. 70, Meier-Wehrli S. 22, Bürgi, Komm. Art. 712 N. 10, Schucany Giov. S. 83. Die Verantwortlichkeit der delegierenden AG ist aber kontrovers. W. v. Steiger ZSR 62 S. 314a, Caflisch S. 264.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine Gesellschaft für die Schulden einer andern direkt haftet. Dieser *Durchgriff* kann wegen der rechtsmissbräuchlichen Verwendung der juristischen Persönlichkeit gerechtfertigt sein. BGE *85* II 114, *81* II 345, 455, *71* II 272, SJZ 54 S. 21 ff, 60 S. 123, Caflisch SAG 34 S. 97.

[4] Vor 1936 waren Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre und Gläubiger nur dann begründet, wenn der Kläger der beklagten Organperson absichtliches bzw. wissentliches Vorgehen nachweisen konnte (Art. 671 bzw. 674 aOR). So musste man bei bloss fahrlässiger Pflichtverletzung zu Art. 41 OR Zuflucht nehmen. BGE *77* II 148, *63* II 259, *61* II 235, Bekker, Komm., Vorbem. zu Art. 41 N. 1, Stucki S. 12.

Für die Aktionäre und Gläubiger ist freilich die Berufung auf Art. 752 ff OR nicht viel günstiger, weil sie auch im Verantwortlichkeitsverfahren sowohl Schaden und Kausalzusammenhang als auch das Verschulden der beklagten Organperson nachweisen müssen[1].

II. Die Haftungsvoraussetzungen

Eine Schadenersatzpflicht aus Art. 752 ff OR setzt wie die Haftung aus Art. 41 OR den Nachweis eines Schadens, einer widerrechtlichen Handlung, des Kausalzusammenhanges zwischen dieser widerrechtlichen Handlung und dem Schaden und eines Verschuldens voraus. Da die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft in der Regel als vertragliche gewertet werden, hat die klagende Gesellschaft gemäss Art. 97 OR nur den Schaden, die Widerrechtlichkeit und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Das Verschulden der Organpersonen wird dann präsumiert[2]. Dagegen trifft die Aktionäre und die Gläubiger die Beweislast gemäss Art. 41 OR.

1. Der Schaden

Schaden ist eine Vermögensverminderung im weitesten Sinne[3]. Er bildet die Grundvoraussetzung für eine Verantwortlichkeit. Mangels eines Vermögensschadens ist z. B. die Gesellschaft bei der Prospekthaftung nicht zur Klage legitimiert[4].

Wie erwähnt, unterscheidet das Aktienrecht zwischen unmittelbarem (primärem) und mittelbarem (sekundärem) Schaden. Die Unterscheidung ist wesentlich wegen der in Art. 755 ff OR vorgesehenen Klagebeschränkungen. Der Anspruch des Aktionärs oder Gläubigers aus mittelbarem Schaden geht nur auf Leistung an die Gesellschaft.

Sehr oft wird es für einen zur Verantwortlichkeitsklage gewillten Aktionär oder Gläubiger schwierig sein, einen Schaden überhaupt ziffernmässig nachweisen zu können. Den Kontrollrechten, besonders dem Recht auf Auskunfterteilung, dem Recht auf Einsicht und dem Recht zur Klage auf Auskunfterteilung kommt in diesen Fällen besondere Bedeutung zu[5].

[1] BGE *14* 693, *46* II 455, Biggel S. 142f, Henggeler S. 35, Meier-Wehrli S. 75.
Die Frage der Beweislast bildet ein wesentliches Argument für die Begründung der deliktischen Natur der Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre und der Gläubiger, Meier-Wehrli S. 74ff.

[2] Henggeler S. 35, Biggel S. 143 Fussn. 16, Meier-Wehrli S. 68ff.

[3] Oftinger I S. 40.

[4] Anders noch in Art. 671 Ziff. 1a OR, Henggeler S. 14, 36, Biggel S. 69.

[5] Zu den Kontrollrechten im einzelnen vgl. Schluep, Diss. S. 165ff, 266 ff.

2. Die Widerrechtlichkeit

Mit OFTINGER können wir die Verantwortlichkeit umschreiben als den «Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen»[1]. Zu diesen Normen gehören keineswegs nur die Grundbestimmungen oder besonderen Schutzbestimmungen unserer Gesetze, sondern jeder Verstoss gegen eine Gesetzesregel ist eine Widerrechtlichkeit. Stellen auch die vielen Anordnungen der Statuten, Reglemente und allgemeinen Weisungen solchermassen verpflichtende Rechtssätze dar? Die Frage ist zu bejahen, verweist doch das Gesetz selber auf die genauere Pflichtenumschreibung in diesen internen Erlassen, womit diesen praktisch Gesetzeskraft zukommt. Bei der Erörterung des Verschuldens werden wir sehen, dass die statutarischen und reglementarischen Pflichten auch Bestandteile der Vertragsbeziehung zwischen Verwaltungsratsmitglied und Gesellschaft sind. So könnte in jeder Pflichtverletzung zugleich eine Vertragsverletzung erblickt werden. Die Verletzung eines relativen Vertragsrechtes stellt nach allgemeiner Auffassung zwar keine Widerrechtlichkeit im besprochenen Sinne dar[2], doch führt eine Vertragswidrigkeit ebenfalls zur Schadenersatzpflicht.

Die Frage nach der Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens bringt uns in gefährliche Nähe des Verschuldensbegriffes. In der Tat werden Verschulden und Widerrechtlichkeit nicht immer in genügender Weise auseinandergehalten[3].

Immer muss bei der Abklärung der Widerrechtlichkeit geprüft werden, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen, die eine normalerweise unrechtmässige Tat zur rechtmässigen machen können. Im Rahmen des Verantwortlichkeitsrechtes wäre hauptsächlich auf die «Einwilligung des Verletzten» hinzuweisen[4].

3. Der Kausalzusammenhang

Eine Person kann nur dann für einen Schaden verantwortlich gemacht werden, wenn dieser Schaden durch ein Verhalten, für das sie einstehen muss, entstanden ist. Dabei vermag aber nicht schon der weiteste «natürliche» Zusammenhang zwischen einer Handlung und dem Schaden die Haftung zu begründen. Nur wo ein Verhalten objektiv, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung, als geeignet erscheint, einen Erfolg, wie den eingetretenen, zu bewirken (Adäquanz), muss der Verletzer für den Schaden einstehen[5].

[1] OFTINGER I S. 111.
[2] OFTINGER I S. 114, OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. Art. 41 N. 18/19.
[3] OFTINGER I S. 116ff, BGE *82* II 28/29, ZR 44 Nr. 139.
[4] Vgl. unten III Ziff. 4.
[5] OFTINGER I S. 57ff und 91ff, BGE *93* II 29, *87* II 127, *83* II 411.

4. Das Verschulden

Ein Verschulden liegt dann vor, wenn eine Person eine ihr obliegende Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Nach Art. 754 OR sind die mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen «für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen».

Art. 752 und 753 OR zählen die von den Gründern zu wahrenden Pflichten einzeln auf, nämlich:

- Pflicht zu richtigen und dem Gesetz entsprechenden Angaben in Zirkularen und Prospekten (Art. 752),
- Pflicht zu richtigen und vollständigen Angaben über qualifizierte Gründungsverhältnisse in den Statuten oder einem Gründerbericht (Art. 753 I Ziff. 1) usw.

Dagegen umschreibt das Gesetz die in Art. 754 OR erwähnten Pflichten der geschäftsführenden Personen nur summarisch[1].

Allgemein ergibt sich aus Art. 722 I und II OR, dass die Aufgabe der Verwaltung in einer umfassenden Leitung der Geschäftsangelegenheiten besteht. Diese umfassende Leitung beinhaltet eine allgemeine Überwachungs- und Aufsichtspflicht gegenüber den die Geschäfte tatsächlich führenden Organen. BÜRGI unterscheidet unter den allgemeinen Verwaltungspflichten die Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht und die Geheimhaltungspflicht[2]. In unserem Zusammenhang interessiert vor allem die Sorgfaltspflicht, bildet sie doch das Korrelat zur strengen Haftungsregel von Art. 754 OR. Die Verletzung der in Art. 722 I OR ausgesprochenen Sorgfaltspflicht ist das nach Art. 754 haftungsbegründende Verschulden. Für den Umfang des besonderen Pflichtenheftes sind nach Art. 721 OR neben dem Gesetz die Statuten, Reglemente und Beschlüsse der Generalversammlung massgebend. Das Gesetz gibt keinen direkten Anhaltspunkt für das Mass der geforderten Sorgfalt. Lehre und Praxis sind sich aber darin einig, dass die Sorgfaltspflicht keineswegs nur subjektiv, d.h. nach den Vorstellungen bzw. den Kenntnissen oder Fähigkeiten der Beteiligten, bestimmt werden dürfe, sondern dass – auch wenn Dienstvertrags- oder Auf-

[1] Das Gesetz selber macht die Unterscheidung zwischen Aufgaben und Pflichten der Verwaltung (vgl. die Marginalien zu Art. 721 und 722 OR), wobei die Pflichten den Aufgaben offenbar untergeordnet sind. Die gesetzliche Terminologie ist alles andere als glücklich gewählt. Es wäre bedeutend klarer, wenn das Gesetz unter den Pflichten nur die allgemeinen Verhaltenspflichten, wie: Sorgfaltspflicht, Treuepflicht und Gehorsamspflicht bei der Erfüllung der Aufgaben, umschrieben hätte. Damit würde auch die kaum sinnvolle Unterscheidung zwischen Befugnissen und Pflichten überflüssig. ZIMMERMANN S. 7, SENN S. 82.

[2] BÜRGI, Komm. Art. 722 N. 1 ff, MEIER-WEHRLI S. 32 ff; BURCKHARDT umschreibt den Pflichtenkreis weiter S. 47 ff.

tragsrecht zugrunde gelegt wird – ein strengerer objektiver Massstab angelegt werden muss[1].

Damit fällt die Anwendung von Art. 398 bzw. 328 OR bei der Bestimmung des Verschuldensmassstabes kaum in Betracht[2].

In Anlehnung an das deutsche Recht wird von den Verwaltungsratsmitgliedern die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes gefordert[3].

Diese Umschreibung des Sorgfaltsmassstabes ist eigentlich eher eine Umschreibung der von den leitenden Personen geforderten Fachkenntnisse. Die fachtechnischen Anforderungen, nicht aber die anzuwendende Sorgfalt mögen u.E. in Betrieben verschiedener Grösse variieren. Niemals kann sich jedoch eine leitende Person auf ihre geschäftliche Unerfahrenheit berufen[4]. Nur die Beschränkung der einer Person übertragenen Aufgaben auf ein vernünftiges und das praktische Leben berücksichtigendes Mass[5] vermag daher eine billige Verantwortlichkeitsordnung zu gewährleisten.

Das objektiv anzuwendende Sorgfaltsmass differiert bei den wesentlichen Geschäftsführungs- und Kontrollfunktionen kaum. Insbesondere wäre wohl auch ein im Dienstverhältnis stehender Direktor diesem erhöhten Sorgfaltsmass eines erfahrenen Geschäftsmannes zu unterstellen[6]. Für die Kontrollstellmitglieder ist das Kriterium des ordentlichen Geschäftsmannes sinngemäss anzuwenden[7]. Aus der Eigenart des Prüfungsauftrages und den von ihm geforderten Fachkenntnissen ergibt sich für den nicht dem Art. 754 OR unterstehenden Pflichtprüfer[8] (Art. 723 OR) eine erhöhte Sorgfalt.

III. Der Umfang der Verantwortlichkeit

1. Allgemeines

Der Umfang der Verantwortlichkeit der Organpersonen ergibt sich aus dem im Gesetz, in den Statuten, Reglementen und Weisungen umschriebenen Pflichten-

[1] Vgl. etwa Biggel S. 52, Schulz-Dornburg S. 105, Senn S. 78ff, F. v. Steiger, Grundriss des Genossenschaftsrechtes, S. 130, SJZ 37 N. 61, SAG 17 S. 229, BGE *27* II 104, *30* II 319.
Das hier geforderte Sorgfaltsmass wurde auch schon mit der Sorgfaltspflicht bei der Verwaltung eines vormundschaftlichen Mündelvermögens verglichen. Kreis S. 61.

[2] Vgl. dazu ausführlich unten III Ziff. 6.1.

[3] Meier-Wehrli S. 30, Kaeslin S. 44, Felber S. 77.
Das deutsche Aktiengesetz verlangt sogar die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften *Geschäftsleiters*, § 93 I NDAG.

[4] Vgl. immerhin Urteil in SAG 9 S. 120 und unten III Ziff. 6.1.

[5] Vgl. schon die Botschaft 1928 S. 50 und S. 60.

[6] Felber S. 73, 77, Senn S. 81.

[7] Weber H.H. S. 40.

[8] Dazu Morger S. 62ff, Burki S. 50ff, Bürgi, Komm. Art. 723 N. 13.

heft. Die Organpersonen haben grundsätzlich für jede vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer solchen Pflicht einzustehen.

Die Verschärfung der Verantwortlichkeit anlässlich der Gesetzesrevision von 1936 erwies sich in den seltensten Fällen als die Ideallösung. Man sah bald ein, dass in grösseren Gesellschaften die Beschlussfassung über alle Detailaktionen oder sogar die umfassende Überwachung der ganzen wesentlichen Geschäftstätigkeit aller Betriebszweige durch den Verwaltungsrat illusorisch ist. Die Frage, welche Einwände eine Organperson gegen zu weit gehende Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft, der Aktionäre und Gläubiger erheben kann, erhielt zentrale Bedeutung. Noch ist aber die Frage, wie der tatsächlichen Unmöglichkeit einer Gesamtüberwachung durch jedes Verwaltungsratsmitglied auch haftungsmässig, im Sinne einer Entlastung von Verantwortlichkeit und einer billigen Haftungsverteilung Rechnung getragen werden soll, nicht befriedigend gelöst[1]. Wir wollen die vom Gesetz vorgesehenen und die von der Lehre befürworteten Einreden der verantwortlichen Personen einzeln ansehen.

2. Die Einrede der Verjährung

Die Berufung auf die Verjährung der Verantwortlichkeitsansprüche stellt wohl die wirkungsvollste Einrede einer belangten Organperson dar. In Art. 760 OR ist eine fünfjährige bzw. zehnjährige Verjährungsfrist für sämtliche Verantwortlichkeitsansprüche festgelegt. Die alte Streitfrage, ob die Verjährungsfrist nach Vertragsrecht oder Deliktsrecht zu beurteilen sei, je nachdem, ob die Gesellschaft oder die Aktionäre (bzw. die Gläubiger) klagen[2], ist demnach heute gegenstandslos[3].

Schwierigkeiten können sich dagegen bei der Bestimmung des Beginnes der ordentlichen Verjährungsfrist ergeben. Auch dafür sei auf die Ausführungen Meier-Wehrlis verwiesen[4].

3. Die Berufung auf den Déchargebeschluss der Generalversammlung

Die Berufung auf den Déchargebeschluss bringt den belangten Organpersonen dann keine Vorteile, wenn der Kläger nachweisen kann, dass die General-

[1] Dies ist eigentlich das zentrale Problem des Verantwortlichkeitsrechts. Zimmermann S. 29ff, Biggel S. 57f, Meier-Wehrli S. 23ff, Meyer S. 88, Holzach S. 44 und 77ff, Eigenmann S. 24f, Kreis S. 70, Bär in ZBJV 106 S. 479ff, Bürgi, Probleme, S. 29ff.

[2] Die Ungewissheit rührte von der anderen Streitfrage her, ob die Ansprüche der Gesellschaft vertragliche, jene der Aktionäre und Gläubiger dagegen deliktische sind. Die Lehre ist in dieser Frage immer noch geteilter Ansicht. Meier-Wehrli tritt wieder für die deliktische Natur der Aktionärs- und Gläubigeransprüche ein, S. 74ff. BGE *61* II 228, *59* II 443, *46* II 455.

[3] Man kann sich fragen, ob die Verantwortlichkeit der Organe nicht eher als selbständiges organschaftliches Haftungsrecht behandelt werden sollte, das weder dem Vertrags- noch dem Deliktsrecht zuzuordnen ist.

[4] Meier-Wehrli S. 143.

versammlung zur Zeit der Beschlussfassung ungenügend informiert war. Wenn sich zu jenem Zeitpunkt vernünftigerweise und nach Treu und Glauben weder aus den Berichten der Geschäftsführung noch aus der Bilanz oder aus Mitteilungen in der Presse Schlüsse auf einen Verantwortlichkeitstatbestand ziehen lassen, so kann sich ein nachträglich belangtes Organmitglied nicht auf seine Décharge berufen. Die Entlastung bezieht sich ja nur auf jene Tatsachen, die den Aktionären bekannt waren oder nach Treu und Glauben bekannt sein mussten[1].

Wo trotz Kenntnis der schädigenden Tatbestände Entlastung gewährt wurde[2], kann eine belangte Organperson die Einrede der Décharge natürlich nur gegenüber der Gesellschaft bzw. den zustimmenden Aktonären geltend machen (Art. 757 OR)[3]. Die nicht zustimmenden Aktionäre haben gemäss Art. 757 OR eine sechsmonatige Einsprachefrist. Diese Regelung gilt aber auch nur für die Ansprüche aus mittelbarem Schaden. Für den unmittelbaren Schaden der Aktionäre und für den mittelbaren und unmittelbaren Schaden der Gläubiger hat die Décharge überhaupt keine Bedeutung[4].

4. Die Ausführung von Beschlüssen eines übergeordneten Organes

Inwiefern entlastet die Ausführung einer Weisung der Generalversammlung den Verwaltungsrat, bzw. kann sich ein untergebenes Organ (z. B. die Direktion) auf einen Beschluss oder eine Zustimmung eines oberen Organes berufen?

Von Bedeutung für die Lösung dieser Frage ist die Art des Abhängigkeitsverhältnisses, in welchem das untere Organ zum oberen steht. Für das Verhältnis Verwaltungsrat–Generalversammlung scheint die neuere Lehre einen Kompromiss im Theorienstreit zwischen Omnipotenz- und Paritätstheorie gefunden

[1] Vgl. oben I Ziff. 2.1.3., BGE *95* II 320, *65* II 10, *34* II 501. Zum Begriff des Kennens oder Kennenmüssens Kaeslin S. 59ff, Meier-Wehrli S. 125ff; die obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Willensmängel sind hier kaum von Bedeutung. Wo die Wirkung eines solchen Entlastungsbeschlusses aber durch die Statuten ausgedehnt ist auf die gesamte Geschäftstätigkeit, ungeachtet, ob daraus alle schädigenden Tatbestände erkennbar sind, wäre eine Anfechtung nur über Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung möglich. Zur Bedeutung von Art. 706 OR vgl. Meier-Wehrli S. 134.

[2] Ein solcher Fall lässt sich aus Gründen der Kreditwahrung oder aus Kollegialitätsgründen wohl denken. Eine Entlastung durch die Mehrheit wäre dann sittenwidrig und nichtig, wenn damit eine absichtliche Schädigung der Gesellschaft bezweckt würde. Biggel S. 77.

[3] Es wäre auch zu überprüfen, ob die Generalversammlung die Entlastung nicht auf einzelne Mitglieder (BGE *65* II 11, SAG 11 S. 159) oder auf bestimmte Geschäfte (BGE *95* II 320, Bürgi, Komm. Art. 698 N. 72) beschränkte.

[4] Frick S. 106, Biggel S. 189. Aus all diesen Gründen wurde die Bedeutung des Entlastungsbeschlusses oft angezweifelt. Eigenmann in SAG 25 S. 191, Wolfers S. 139. Nach Bürgi ist die Décharge aber doch geeignet, «periodisch Klarheit über die gegenseitigen Rechtsbeziehungen insbesondere über Bestehen oder Nichtbestehen von Schadenersatzansprüchen» zu schaffen. Bürgi, Komm. Art. 698 N. 85.

zu haben[1]. Die eingeschränkte Omnipotenztheorie bejaht ein allgemeines Weisungsrecht der Generalversammlung wenigstens bei wichtigen Fragen[2]. Ein statuten- und gesetzmässiger Generalversammlungsbeschluss muss durch den Verwaltungsrat auch dann vollzogen werden, wenn er diesem nicht als vorteilhaft erscheint. Das ergibt sich aus der organschaftlichen Treue- und Gehorsamspflicht. Der Verwaltungsrat soll aber gerade die Statuten- und Gesetzmässigkeit eines solchen Beschlusses überprüfen und die Generalversammlung auf eventuelle Fehler oder Mängel aufmerksam machen. Das gehört u.E. zu einer sorgfältigen Geschäftsführung. Wenn eine Aktionärversammlung auf solche Mahnungen nicht reagiert, wäre ihre Anordnung, sofern diese zu einer Schädigung und zu einer Verantwortlichkeitsklage führt, als «Einwilligung des Verletzten» und damit als Rechtfertigungsgrund für die belangten Organe zu werten. Eine solche Klage wäre als rechtsmissbräuchlich (venire contra factum proprium) abzuweisen[3].

Dagegen scheint zweifelhaft, ob sich die Verwaltungsratsmitglieder als Verantwortlichkeitsbeklagte nach einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss der Generalversammlung darauf berufen können, der klagende Aktionär habe die zweimonatige Anfechtungsfrist gemäss Art. 706 OR nicht benutzt und könne deshalb auch nicht mehr die Verantwortlichkeit der Organe geltend machen[4]. Abgesehen davon, dass viele Aktionäre, die nicht an einer Generalversammlung teilnehmen, erst auf Umwegen von einem Generalversammlungsbeschluss Kenntnis erhalten, nehmen auch die Teilnehmer einer Aktionärversammlung nicht immer sofort die Gesetz- oder Statutenwidrigkeit eines Beschlusses wahr. Den Mitgliedern der Organe, die mit diesen Bestimmungen viel eher vertraut sind, darf aber eine solche Regelwidrigkeit nicht entgehen und wird ihnen auch meist nicht entgehen. In diesem Falle ist es primäre Aufgabe der Verwaltung, den Generalversammlungsbeschluss anzufechten. Unterlässt sie das, so hat sie eine Sorgfaltspflicht verletzt. Sie kann sich ihrer Verantwortlichkeit für diese Unterlassung nicht mit der Ausrede entziehen, der jetzt klagende Aktionär habe den Beschluss ebenfalls nicht angefochten und sei deshalb damit einverstanden. Auf keinen Fall kann sich der Verwaltungsrat auf diese Einrede gegenüber einer Verantwortlichkeitsklage eines Gläubigers beru-

[1] Zum Theorienstreit vgl. besonders BÜRGI, Komm., Vorbem. zu Art. 698–731 N. 38ff, MEIER-WEHRLI S. 137.

[2] Zu dieser eingeschränkten Omnipotenztheorie vgl. BÜRGI, Komm., Vorbem. zu Art. 698–731 N. 43 und Art. 721 N. 11, SCHUCANY in SAG 26 S. 108ff, SCHULZ-DORNBURG S. 22. MEIER-WEHRLI steht eher auf der Seite der Paritätstheorie, anerkennt er doch nur ein Eingriffsrecht der Generalversammlung im Umfang ihrer gesetzlichen und statutarischen Kompetenzen, S. 138.

[3] BIGGEL S. 81ff, SCHUCANY, Komm. Art. 754 N. 4, MEIER-WEHRLI S. 140, HIRSCH Sem. jud. 1967 S. 265, auch SAG 17 S. 230, 23 S. 182, BGE *83* II 56, 65, *86* II 159, *90* II 496. Zustimmende Aktionäre können sich auch nicht auf ihre Gläubigerstellung berufen.

[4] Diese Ansicht vertritt MEIER-WEHRLI S. 141.

fen. Dem Gläubiger steht ja überhaupt kein Mitwirkungs- und Anfechtungsrecht gegenüber Generalversammlungsbeschlüssen zu.

Kann sich ein Untergebener allgemein durch Berufung auf eine Anordnung oder eine Weisung der übergeordneten Instanz von seiner Verantwortlichkeit befreien? MEYER lehnt diese Entlastungsmöglichkeit für den Delegierten des Verwaltungsrates ab[1]. Dagegen sieht F. VISCHER in der Festschrift Schönenberger gerade darin einen wesentlichen Unterschied zum deutschen Recht, dass die Direktion einer schweizerischen AG durch die Befolgung der Weisungen des Verwaltungsrates von jeglicher Verantwortlichkeit befreit werde, es sei denn, die beiden Gremien hätten bei der Beschlussfassung zusammengewirkt[2].

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass in allen Fällen einer ausdrücklichen Delegation von Aufgaben durch Statuten oder Reglement der Untergebene oder Delegierte primär für diesen Aufgabenbereich verantwortlich ist und eine Anordnung von höherer Instanz nicht blindlings befolgen darf[3]. Vielfach sind die tatsächlichen Probleme einer Unternehmung oder einer Abteilung nur diesen besonders eingesetzten Untergebenen bekannt, und sie müssen in kritischen Situationen kompetent bleiben. Die Frage würde dann darauf hinauslaufen, ob der Untergebene der vorgesetzten Instanz auch die nötigen Aufschlüsse gegeben, oder ob er sich einer solchen Anordnung in genügendem Masse widersetzt hat[4]. Dass er geradezu sein Amt zur Verfügung stellen oder eine «faktische» Befehlsverweigerung begehen müsste, möchten wir damit nicht behaupten.

In extremen Fällen könnte der Umstand einer Anordnung durch eine höhere Instanz wenigstens als Schuldmilderungsgrund berücksichtigt werden[5].

5. Haftungsentlastung oder Haftungsreduktion durch Delegation

Die Frage nach der haftungsbefreienden Wirkung einer Aufgabendelegation bildet wohl das Kernproblem des Verantwortlichkeitsrechtes. Insbesondere bei der grossen AG, in der eine Aufgabenteilung und -übertragung nicht umgangen werden kann, ist die Frage für alle leitenden Personen von brennender Aktualität.

Das Gesetz sieht verschiedene Möglichkeiten einer Aufgabenübertragung vor. Die Grundlage bilden Art. 714 und 717 OR. Nach Art. 714 II OR kann der Verwaltungsrat ohne statutarische Ermächtigung aus seiner Mitte Ausschüsse bestellen. Sie dienen einer rationellen Bewältigung der Aufgaben des

[1] MEYER S. 54.
[2] F. VISCHER in Festschrift Schönenberger S. 359, er beruft sich auf BGE *34* II 511 und HOLZACH S. 90/91.
[3] Zur Frage der Auswirkung einer Delegation auf die Verantwortlichkeit der delegierenden Instanz vgl. unten Ziff. 5.
[4] MEYER S. 54ff, BIGGEL S. 82ff.
[5] BURCKHARDT S. 161/162.

Gesamtkollegiums, indem ihnen Berichterstattung oder gewisse Überwachungsaufgaben zugewiesen werden können[1].

Bedeutender ist die in Art. 717 OR vorgesehene Übertragung[2] von Geschäftsführungsbefugnissen an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte) oder aussenstehende Personen (Direktoren)[3]. Voraussetzung einer solchen Delegation ist die statutarische oder reglementarische Erlaubnis[4]. In den einschlägigen Abhandlungen werden für diese Rechtsverhältnisse oft die Bestimmungen des Auftragsrechtes über die Substitution herangezogen[5] (Art. 398 III, 399 und 403 II OR). Es wird unterschieden zwischen Tatbeständen einer Ersatz- bzw. einer Unterbeauftragung[6].

Die Anwendung der Bestimmungen auftraglicher Substitution wurde von Felber mit der Begründung angefochten, der Delegierte und der Direktor träten in jedem Fall mit der Gesellschaft (und nicht mit dem Verwaltungsrat) in direkte vertragliche Beziehung; ein Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsrat und diesen Personen kann schon deshalb nicht entstehen, weil dem Verwaltungsrat keine Rechtspersönlichkeit zusteht[7].

Die Kontroverse wäre wohl nur dann von entscheidender Bedeutung, wenn die Befürworter der Substitution auch die konsequente Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmungen vertreten würden. Dies hätte nämlich zur Folge, dass bei erlaubter Aufgabenübertragung die delegierende Instanz – in unserem Falle der Verwaltungsrat – nur für eine culpa in eligendo et instruendo verantwortlich gemacht werden könnte (Art. 399 II OR). Angesichts der in Art. 722 II Ziff. 3 OR umschriebenen allgemeinen Aufsichts- und Überwachungspflicht ist eine solche Beschränkung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aber undenkbar. Die Lehre tritt deshalb dafür ein, dass der Verwaltungsrat auch für eine culpa in

[1] Holzach S. 39.

[2] Art. 717 spricht in Abs. 1 von einer «Verteilung», in Abs. 2 von einer «Übertragung». Materiell sagen beide Ausdrücke das gleiche. Kritik bei Zimmermann S. 24ff, Bürgi, Komm. Art. 717 N. 21.

[3] Auch hier ist die Einsetzung von Ausschüssen möglich. Holzach S. 43ff.

[4] Umstritten ist die Frage, ob der Verwaltungsrat alle ihm obliegenden Aufgaben oder nur einen bestimmten Teil delegieren darf. Daher wird oft zwischen der Verwaltungstätigkeit im weiteren Sinn (= sämtliche Aufgaben) und der Verwaltungstätigkeit im engeren Sinn (= nur nicht delegierbare Aufgaben) unterschieden. Meyer S. 25ff, Eigenmann S. 29ff, Bürgi, Komm. Art. 712 N. 15ff, Holzach S. 15, Schulz-Dornburg S. 16ff. Eine enumerative Aufzählung der nicht-delegierbaren Kompetenzen findet sich bei Meyer S. 28ff, auch F. v. Steiger, Das Recht der AG, S. 223ff, Felber S. 8. Die Lehre von der Undelegierbarkeit verschiedener Aufgaben wurde in neuerer Zeit verschiedentlich in Zweifel gezogen. Lanz S. 45ff, Eigenmann S. 31, Holzach S. 15ff, Meier-Wehrli S. 10.

[5] Meyer S. 40ff, Holzach S. 31ff.

[6] Wird der Direktor aufgrund einer allgemeinen Statutenermächtigung vom Verwaltungsrat ernannt, so stellt sein Rechtsverhältnis eine Ersatzbeauftragung dar. Das Rechtsverhältnis des Delegierten ist dagegen Unterbeauftragung. Meyer S. 42ff. Holzach spricht für den Ausschuss nach Art. 714 von einer Unterbeauftragung, S. 40, für den statutarisch zwingend vorgesehenen Ausschuss nach Art. 717 von Ersatzbeauftragung, S. 51.

[7] Felber S. 4 Fussnote 15.

custodiendo einstehen muss[1]. Wann hat aber ein Verwaltungsmitglied seiner cura in custodiendo Genüge getan? Dass eine allzu extensive Interpretation dieser Aufsichtspflicht nicht in Frage kommt, weil sie eine vernünftige Verwaltungstätigkeit überhaupt ausschliesst, geht schon aus der Botschaft 1928 hervor[2]. Bei einer Schädigung der Gesellschaft müsste praktisch immer eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit eine Haftung bejaht werden.

Die Umschreibung des Umfanges dieser Überwachungspflicht bereitet Schwierigkeiten. MEYER äussert sich dazu:

«Nach allgemeiner Ansicht hat die Überwachung nicht hinsichtlich eines jeden einzelnen Geschäftes zu erfolgen, sondern es genügt eine in gewissen Zeitabständen durchgeführte Kontrolle der Geschäftsführung[3].»

ZIMMERMANN[4] und EIGENMANN[5] verweisen auf den Grundsatz der billigen Haftungsverteilung. Berühmt geworden ist auch ein Urteil des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1950 in Sachen Royaltex Ltd. gegen Fides Treuhandvereinigung[6]. Der Entscheid beruhte darauf, dass zwei Pro-forma-Verwaltungsratsmitglieder nach dem Willen der Aktionäre von der gesamten materiellen Geschäftsführung ausgeschlossen sein sollten. Das Bundesgericht anerkannte, dass ein solcher Ausschluss von der Geschäftsführung mit Art. 717 OR übereinstimme. Es führte aus:

«Freilich wird damit die Selbständigkeit des Verwaltungsrates vermindert oder praktisch aufgehoben, entsprechend aber auch dessen Verantwortlichkeit herabgesetzt, während im gleichen Masse die Haftung der Direktion vermehrt in Erscheinung tritt.»

Aber auch aus diesem Tatbestand kann u. E. kein Massstab für die Beurteilung der Überwachungspflicht bei Delegationsverhältnissen abgeleitet werden. Der Freispruch dieser beiden Pro-forma-Verwaltungsräte beruhte letztlich doch nicht auf der haftungsbefreienden Wirkung dieser «Delegation», sondern auf der rechtsmissbräuchlichen Klageerhebung seitens der Gesellschaft. Gegenüber einem aussenstehenden Gläubiger wäre die Haftung dieser Verwaltungsräte bestimmt bejaht worden[7].

Immerhin darf im oben zitierten Satz doch ein Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass sich der Richter bei Bestimmung des Umfanges dieser Aufsichts- und Überwachungspflicht vom Umfang einer statutarisch und reglementarisch

[1] MEYER S. 44 und S. 89, HOLZACH S. 74, FELBER S. 75, BIGGEL S. 58, SENN S. 98, MEIER-WEHRLI S. 35/36, BÜRGI, Komm. Art. 717 N. 14, Art. 722 N. 4, F. v. STEIGER in SAG 35 S. 268, VISCHER, Festschrift Schönenberger, S. 366/367.

[2] Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf 1928 S. 51.

[3] MEYER S. 89.

[4] ZIMMERMANN S. 30.

[5] EIGENMANN S. 24ff.

[6] Auszugsweise publiziert in SAG 23 S. 182.

[7] Vgl. etwa BGE *59* II 453, ZR 60 Nr. 98, 58 Nr. 70, SAG 27 S. 36, auch VISCHER, Festschrift Schönenberger, S. 353/354.

vorgesehenen Aufgabendelegation leiten lassen muss[1,2]. Der Richter erhält damit die Möglichkeit, eine Verantwortlichkeitsklage dann abzuweisen, wenn nach seinem Ermessen eine Pflichtwidrigkeit nicht mehr vorliegt[3].

6. Die Berufung auf allgemeine Haftungsgrundsätze des OR

6.1. *Die Anwendbarkeit von Art. 398 bzw. 328 OR auf die aktienrechtlichen Haftungstatbestände*

Die herrschende schweizerische Lehre nimmt an, dass die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Organträger und Gesellschaft dem Auftrags- bzw. dem Dienstvertragsrecht unterstellt werden können[4]. Daraus müsste sich im Prinzip die Anwendbarkeit der Sorgfaltsanforderungen dieser Vertragstypen auch für das Verantwortlichkeitsrecht der AG ergeben. Verschiedentlich wird versucht, durch Heranziehung von Art. 398 I bzw. 328 III OR die aktienrechtliche Haftung einer Organperson zu mildern. Es wird darauf hingewiesen, dass die Abstufung der Verantwortlichkeit nach dem Bildungsgrad und den Fachkenntnissen oder den Fähigkeiten und Eigenschaften der beklagten Person, wie sie Art. 328 III OR vorschreibt, allgemeine Bedeutung im Zivilrecht haben sollte[5]. Es steht aber fest, dass beim Rechtsverhältnis zwischen Organträger und Gesellschaft nicht von einem echten Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 OR gesprochen werden kann[6]. Auftrags- und Dienstvertragsregeln dürfen wohl nur insoweit herangezogen werden, als das Aktienrecht nicht eigene klare Normen enthält. Sorgfaltspflicht und Haftungsumfang sind im Aktienrecht aber eindeutig strenger umschrieben als im Vertragsrecht. Lehre und Rechtsprechung lehnen grösstenteils eine subjektive Beurteilung dieser

[1] Auch die Art und Weise der Berufung der Direktion oder des Delegierten könnte eine Rolle spielen. Ein durch die GV bestellter Direktor steht ja in der Regel dem Verwaltungsrat freier gegenüber als ein durch die Verwaltung selber gewählter. FELBER S. 31, MEYER S. 51 ff.

[2] Zu prüfen wäre auch, ob sich eine vorgesetzte Instanz nicht infolge einer langjährigen, bewährten Zusammenarbeit mit gutausgebildeten Leuten auf die Arbeit dieser Untergebenen verlassen durfte. VISCHER, Festschrift Schönenberger, S. 357, ZR 44 Nr. 70 (S. 162 ff).

[3] Wie wir im zweiten Teil unserer Arbeit sehen werden, führt eine Haftungsmilderung des am leichtesten Verantwortlichen unter Umständen deshalb kaum zu einer Entlastung, weil auch er nach Art. 759 OR zusammen mit den übrigen im Aussenverhältnis solidarisch für den ganzen Schaden aufzukommen hat. Erst über den Regress kommt der Betreffende zu seiner Haftungsmilderung. Die Haftungsentlastung bzw. -milderung steht damit in sehr engem Zusammenhang mit der Frage des Haftungsumfanges in Solidarschuldverhältnissen.

[4] Vgl. oben unter I Ziff. 2.1.1.; dabei wird für das Verhältnis Verwaltungsratsmitglied–Gesellschaft meist ein Auftrag, für die Direktoren und oft auch für die Delegierten ein Dienstvertrag angenommen. BÜRGI, Komm. Art. 708 N 13 ff, KAESLIN S. 21 ff, SCHULZ-DORNBURG S. 31 und 76, EIGENMANN S. 61, WANDER S. 41, PICENONI S. 323, W. v. STEIGER ZBJV 91[bis] S. 353, F. v. STEIGER Recht der AG S. 215.

[5] Neuerdings vor allem BÄR in ZBJV 106 S. 463, vorsichtiger BIGGEL S. 52. KREIS befürwortet die Anwendung dieser Bestimmung wenigstens für das Innenverhältnis: Juristische Person–Organträger, S. 62.

[6] BÜRGI, Komm. Art. 708 N. 16.

Sorgfaltspflichten ab[1]. Wer sich in ein Organ wählen lässt, hat die erforderlichen Kenntnisse mitzubringen[2]. Zeitmangel, Nichtteilnahme an einer Verwaltungsratssitzung (wenn keine genügende Entschuldigung), Unkenntnis bestimmter Tatsachen infolge mangelhafter Ausbildung oder Unerfahrenheit werden im allgemeinen nicht als Exkulpationsgründe anerkannt. Dagegen hat das Bundesgericht in zahlreichen Fällen, in denen bei voller Kenntnis der Aktionäre mangelhaft ausgebildete oder schlecht qualifizierte Verwaltungsrats- oder Kontrollstellmitglieder in ihr Amt eingesetzt wurden, erhebliche Haftungsreduktionen anerkannt[3].

6.2. *Die Anwendbarkeit von Art. 99 II OR*

Art. 99 II OR sieht eine Haftungsmilderung vor, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteile bezweckt. Wäre die Haftung eines Verwaltungsratsmitglieds milder zu beurteilen, wenn das Verwaltungsratsmandat unentgeltlich ausgeübt wird? Auch eine so begründete Haftungsmilderung wird im Verantwortlichkeitsrecht wenigstens für das Aussenverhältnis abgelehnt[4].

6.3. *Die Berufung auf haftungsmildernde Absprachen*

Nach der herrschenden Lehre kommt dem Verantwortlichkeitsrecht zwingender Charakter zu. Haftungsmildernde Absprachen oder Freizeichnungen werden nicht anerkannt[5].

Dies gilt wenigstens für das Aussenverhältnis (gegenüber Gläubigern). Dagegen können wir für Ansprüche der Gesellschaft auf den Tatbestand in SAG 23 S. 182ff verweisen, in welchem die Befugnisse zweier Pro-forma-Verwaltungsräte schon von Anfang an auf die formelle Verwaltung beschränkt wurden, die materielle Geschäftsführung aber in andern Händen lag. Eine vertragliche Beschränkung der Befugnisse muss – im Innenverhältnis – auch zu einer Einschränkung der Verantwortlichkeit führen.

[1] Bürgi, Komm. Art. 722 N. 4ff, Meier-Wehrli S. 30, Senn S. 78ff, Vischer, Festschrift Schönenberger, S. 367, Felber S. 77, Schulz-Dornburg S. 105, Holzach S. 80, Meyer S. 89, Kaeslin S. 32 und 44, SAG 27 S. 36, 17 S. 230, SJZ 37 S. 317, ZR 58 Nr. 70, 60 Nr. 98, BGE *30* II 319, *59* II 434.

[2] Der sozialpolitische Schutz des Dienstnehmers, der in Art. 328 III OR gewährleistet werden soll, kann im Verantwortlichkeitsrecht kaum eine Rolle spielen.

[3] BGE *25* II 347, *93* II 22, SAG 9 S. 120, 17 S. 231, Kreis S. 62. In SAG 23 S. 185 wurden zwei Pro-forma-Verwaltungsratsmitglieder von der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft freigesprochen. Man könnte auch hier von einer «Einwilligung des Verletzten» oder wenigstens von einem Selbstverschulden sprechen.

[4] Kreis S. 60, Senn S. 76, Goldschmidt S. 121, Biggel ist der Ansicht, dass Art. 99 II für das interne Verhältnis AG–Verwaltungsrat in Betracht komme, S. 56/57.

[5] Senn S. 76, F. v. Steiger, Recht der AG, S. 267, Bürgi, Komm. Art. 722 N. 7.

6.4. *Anwendbarkeit der Ersatzbemessungsgrundsätze von Art. 41ff OR*

In zahlreichen Entscheiden, in denen die Verantwortlichkeit ausschliesslich einer Person in Frage stand, hat das Bundesgericht in Anwendung der Ersatzbemessungs- und Reduktionsgründe des allgemeinen Schadenersatzrechtes (Art. 43 und 44 OR) zum Teil massive Schadenersatzreduktionen gewährt.

In einem Urteil vom 1. Dezember 1936 ermässigte es die Ersatzpflicht des einzigen Verwaltungsratsmitgliedes einer AG von Fr. 8000.– auf Fr. 2500.–. Als Herabsetzungsgründe berücksichtigte das Gericht das leichte Verschulden des Beklagten und seine fehlende kaufmännische und technische Erfahrung[1]! Obschon nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dürfte die Kenntnis der übrigen Aktionäre von der geschäftlichen Unerfahrenheit ihres Verwaltungsrates und das Bewusstsein, dass ein ortsfremder Jurist kaum eine wirksame Kontrolle ausüben kann, einiges zu dieser Haftungsmilderung beigetragen haben.

Auf das Selbstverschulden des Geschädigten (Art. 44 OR) wird jedenfalls in BGE *61* II 228 ausdrücklich hingewiesen. Die Ersatzpflicht des einzigen Verwaltungsratsmitgliedes der Metallhütte P. AG wurde aus diesem Grunde und wegen des spekulativen Momentes des Geschäftes und der schweren Krankheit des Verantwortlichen erheblich reduziert[2].

Dass diesen Bemessungsgrundsätzen des Deliktsrechtes allgemeine Bedeutung zukommt für das Zivilrecht, ergibt sich auch aus Art. 99 OR, dessen Abs. 3 für das Mass der Haftung aus Vertragsverletzung auf die Bestimmungen der unerlaubten Handlungen verweist. Die Anwendung dieser Bemessungsgrundsätze wirft dort keine Probleme auf, wo nur die Ersatzpflicht einer einzelnen Person in Frage steht. Nach allgemeiner Lehre sollen aber diese Bemessungsgrundsätze in jenen Tatbeständen nur beschränkt Anwendung finden, für welche das Gesetz unter mehreren Ersatzpflichtigen Solidarhaftung anordnet. Nach dieser Lehre hat die Solidarhaftung zur Folge, dass, wo das Verschulden einer Person, d. h. ihre Verantwortlichkeit, neben derjenigen anderer Personen, nachgewiesen ist, auch zugleich ihre Haftbarkeit für den ganzen überhaupt verursachten Schaden gegeben ist, ungeachtet, ob ihr selbst nur leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen wird und ob daneben ein Verantwortlicher absichtlich oder doch vorsätzlich den Schaden herbeigeführt hat. Im Lichte dieser Auffassung erhält Art. 759 OR, der für alle leitenden Personen einer AG, welche für denselben Schaden verantwortlich sind, Solidarhaftung vorsieht, eine ganz entscheidende Bedeutung. Es ist denn auch diese Bestimmung, welche dem Verantwortlichkeitsrecht der schweizerischen AG seine besondere Strenge verleiht.

[1] SAG 9 S. 120, vgl. oben unter Ziff. 5 und 6.1.

[2] Vgl. dazu auch Entscheide über die Verantwortlichkeit einer Kontrollstelle BGE *86* II 171, *93* II 29.

Daher kann es nicht verwundern, dass in den letzten Jahren die Solidarhaftung von Art. 759 OR in zahlreichen Aufsätzen und Abhandlungen kritisiert und angefochten wurde[1]. Bedeutung und Umfang dieses Solidarhaftungsgrundsatzes sollen Thema des zweiten Teils unserer Arbeit sein. Dabei geht es aber nicht an, dass – wie es häufig geschehen ist – nur die aktienrechtliche Solidarität von Art. 759 OR unter die Lupe genommen wird. Wir wollen versuchen, vom allgemeinen Haftungsgrundsatz der Solidarität, wie er uns überall im Schadenersatzrecht und Haftpflichtrecht begegnet, eine Lösung für das Verantwortlichkeitsrecht der AG zu finden.

§ 2 Die Solidarhaftung im schweizerischen Schadenersatzrecht im allgemeinen und der Tatbestand von Art. 759 OR im besonderen

I. Gestalt und Bedeutung des Solidarhaftungsgrundsatzes im schweizerischen Recht

1. Aktive und passive Solidarität

Das OR unterscheidet im ersten Abschnitt des 4. Titels seiner allgemeinen Bestimmungen die Solidarität unter mehreren Schuldnern (passive Solidarität, Art. 143–149 OR) und jene unter mehreren Gläubigern (aktive Solidarität, Art. 150 OR). Da in unserem Zusammenhang hauptsächlich das Verhältnis mehrerer solidarisch verpflichteter Schuldner interessiert, lassen wir die aktive Solidarität beiseite[2].

2. Die passive Solidarität

2.1. *Terminologisches*

Der Ausdruck «passive Solidarität» ist gleichbedeutend mit der Bezeichnung «Solidarschuldnerschaft». Diesen Ausdruck finden wir allerdings nicht im Gesetz. Schon in Art. 143 OR wird die Solidarschuldnerschaft mit der *Haftung* jedes Einzelnen für die Erfüllung der ganzen Schuld umschrieben. Überall im Gesetz begegnen wir der Formulierung: Die Beteiligten *haften* solidarisch[3]. Da die Haftung die normale Konsequenz einer Verpflichtung ist, werden die

[1] Vgl. schon Henggeler S. 58f, vor allem aber Bürgi, Probleme, S. 37ff, Hirsch Sem. jud. 1967 S. 249, Meier-Wehrli S. 41, neuerdings Bär in ZBJV 106 S. 4.

[2] Zur aktiven Solidarität vgl. immerhin die Frage: Besteht aktive Solidarität zwischen den klagenden Parteien (Gesellschaft, Aktionäre, Gläubiger)?

[3] Vgl. etwa OR Art. 50, 181, 308, 403, 425, 440, 478, 483, 544, 568, 569, 605, 607, 645, 759, 764, 797, 802, 826, 827, 869, 910, 1044, 1098, 1143, ZGB Art. 342, 429, 603.

Begriffe «Schuld» und «Haftung» weder im Gesetz noch in der Praxis auseinandergehalten[1]. Die passive Solidarität kennzeichnet somit das Verhältnis einer besonderen Schuld- bzw. Haftungsgemeinschaft[2].

2.2. *Die Formen der Verantwortlichkeit Mehrerer*

Mehrere Personen können auf ganz verschiedene Weise als Schuldner in einer Haftungsgemeinschaft auftreten. Die Lehre unterscheidet in der Regel drei Kategorien:

- Teilschuldverhältnisse,
- Solidarschulden,
- Gesamthandschulden.

Während die Schulden aus einem Gesamtschuldverhältnis im schweizerischen Recht meist als Solidarschulden der Gesamthänder ausgestaltet sind[3], bilden die Teilschuldverhältnisse bei Teilbarkeit der geschuldeten Leistung die Regel. Art. 143 OR bestimmt, dass Solidarhaftung nur dann bestehen soll, wenn die mehreren Schuldner dies ausdrücklich erklären und in jenen Tatbeständen, in denen das Gesetz Solidarität ausdrücklich vorschreibt. In allen übrigen Fällen besteht blosse Teilhaftung[4].

Aus einem Teilschuldverhältnis wird jeder Schuldner nur zu einer Quote verpflichtet und haftbar. Daneben kann eine Leistung von mehreren Personen kumulativ geschuldet sein, z. B. wenn ohne Absprache der Schuldner jeder dem Gläubiger die gleiche Leistung verspricht. Auch die Rechtsverhältnisse der Akzessorietät (Abhängigkeit eines Schuldverhältnisses vom Bestande einer Hauptschuld) und der Subsidiarität[5], welche dem Gläubiger bei seinem Vorgehen eine bestimmte Reihenfolge auferlegt, sind hier zu erwähnen.

2.3. *Das Wesen der passiven Solidarität*

Solidarschuldnerschaft besteht dann, wenn einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen, von denen jeder zur Erfüllung der ganzen Schuld

[1] v. Tuhr/Siegwart I S. 16, Eulau S. 34ff, die ältere Literatur beschäftigt sich intensiv mit dieser Unterscheidung. Schuld und Haftung können auch nach unserem Gesetz auseinanderfallen, z. B. bei den Naturalobligationen.

[2] Eulau S. 113. Zur Bedeutung der Theorie von Schuld und Haftung im Zusammenhang mit der Solidarschuld vgl. Brühlmann S. 50ff. Verschiedentlich wurde in der Solidarobligation eine Schuld und mehrere Haftungen gesehen. Brühlmann S. 81ff.

[3] v. Tuhr/Siegwart II S. 739, Stucki S. 15, eine Ausnahme ist die gesamthänderische Verpflichtung der Erbengemeinschaft nach Art. 602 ZGB. Vgl. aber neuerdings Caroni in ZBJV 103 S. 289ff, vor allem S. 314ff.

[4] Anders das deutsche BGB in § 427. Nach deutschem Recht wird Solidarhaftung vermutet.

[5] Zur Subsidiarität ausführlich Eulau. Dort auch Ausführungen über die subsidiäre und beschränkte Solidarhaftung.

verpflichtet ist, die Leistung aber insgesamt nur einmal erbracht werden muss. Sämtliche Schuldner bleiben solange verpflichtet, bis die ganze Schuld getilgt ist[1].

2.3.1. Rechtliche Konstruktion

Bei der rechtlichen Konstruktion dieses Schuldverhältnisses war lange Zeit umstritten, ob dem Gläubiger bloss eine Forderung gegen sämtliche Schuldner zustehe. Diese Konstruktion wird heute abgelehnt[2]. Dem Gläubiger stehen so viele Forderungen zu, als ihm Schuldner solidarisch verpflichtet sind, führt doch z. B. die Mahnung des Gläubigers nur den Verzug des gemahnten Schuldners herbei. Nach Art. 147 II OR besteht auch die Möglichkeit des Unterganges der Schuld eines Solidarschuldners ohne Rücksicht auf den Bestand der Schulden der übrigen[3]. Die einzelnen Forderungen stehen aber doch in einem gewissen Zusammenhang, weil sie alle auf den gleichen Zweck: Befriedigung des Gläubigers, gerichtet sind. Gemäss Art. 144 OR kann der Gläubiger gegen jeden beliebigen dieser Solidarschuldner vorgehen und ihn für das Ganze oder nur für einen Teil belangen. Selbstverständlich kann er aber auch von allen gleichzeitig den vollen Ersatz verlangen (Streitgenossenschaft)[4]. In der Klage und im Urteil gegen einen Verantwortlichen muss die solidarische Haftbarkeit mit einer anderen Person ausdrücklich festgestellt sein.

Nur für bestimmte Tatbestände der Solidarhaftung trifft diese Ordnung nicht zu. Es ist möglich, dass eine Solidarhaftung nur für den Fall eintritt, dass ein Einzelner für einen Haftungsbetrag nicht aufkommen kann.

Diese sogenannte «subsidiäre» Solidarhaftung findet sich hauptsächlich im Gesellschaftsrecht[5], wo z. B. Art. 568 II OR die Belangbarkeit aller Kollektivgesellschafter anordnet, wenn die Forderungen nicht durch das Gesellschaftsvermögen gedeckt werden können[6]. Das Genossenschaftsrecht sieht ebenfalls die Möglichkeit der subsidiär-solidarischen Haftung des Genossenschafters in beschränktem oder unbeschränktem Ausmass vor (Art. 870 bzw. 869 OR).

[1] v. Tuhr/Siegwart II S. 742, Becker, Komm., Vorbem. zu Art. 143 N. 1 ff, Oser/Schönenberger, Komm., Vorbem. zu Art. 143 N. 1 ff, Eulau S. 113.

[2] Zur sogenannten Mehrheitstheorie v. Tuhr/Siegwart II S. 743, Becker, Komm., Vorbem. zu Art. 143 N. 8, Oser/Schönenberger, Komm., Vorbem. zu Art. 143 N. 10, Stucki S. 13, Leuthold S. 28, Brühlmann S. 48.

[3] Vgl. auch die Bestimmung in Art. 141 II OR, dagegen immerhin Art. 136 I OR. Zur Kontroverse über die Wirkung des Erlasses, der Stundung oder des Vergleiches gegenüber einem Solidarschuldner vgl. Oser/Schönenberger, Komm. Art. 149 N. 5, v. Tuhr/Siegwart II S. 755 Fussnote 92, Oftinger S. 305, Gilliard S. 263. Auch unten II Ziff. 5.

[4] v. Tuhr/Siegwart II S. 750, Oftinger I S. 303.

[5] v. Tuhr/Siegwart II S. 744 zu Fussnote 18.

[6] Vgl. auch Art. 802 für die GmbH, wo zusätzlich eine persönliche Beschränkung der Haftung bis zu einem bestimmten Betrag vorgesehen ist. Vgl. dazu Eulau S. 217 ff, insbesondere S. 221.

2.3.2. Entstehung der passiven Solidarität

Nach Art. 143 OR entsteht Solidarität unter mehreren Schuldnern dann, wenn sie erklären, dass dem Gläubiger gegenüber jeder einzelne für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle. Ohne solche Willenserklärung entsteht Solidarität nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen.

Die Verabredung der Solidarität ergibt sich aus Klauseln wie: «alle für einen, einer für alle», «als Gesamtschuldner», «samt und sonders» usw. Sie kann sich aber auch aus den Umständen ableiten lassen[1]. Der Wille auf gemeinsame Verpflichtung muss sich in diesem Falle allerdings unzweideutig z. B. aus der Interessenlage ergeben, denn Art. 143 OR schliesst die Vermutung des Gesetzes auf den Bestand eines Solidarschuldverhältnisses aus[2].

Das Gesetz ordnet in zahlreichen Fällen Solidarität ausdrücklich an[3]. So z. B. in Art. 308, 403 (425, 440), 478, (483), 544 OR usw. Die gesetzliche Regelung der Solidarität bei diesen gemeinschaftlichen Vertragsverhältnissen ist aber in der Regel dispositiver Natur und könnte von den Parteien ohne weiteres anders vereinbart werden[4].

Eine andere Gruppe von gesetzlichen Solidaritätstatbeständen sind die Anordnungen von Solidarhaftung in zahlreichen Fällen ausserkontraktlicher Haftbarkeit. Es ist vor allem auf Art. 50 OR hinzuweisen, wo ein gemeinsames Verschulden die Voraussetzung der Solidarhaftung ist. Angesichts der gewichtigen öffentlichen Interessen, die hinter dieser Anordnung stehen, ist hier ein vertraglicher Ausschluss nicht möglich[5]. Zu dieser Gruppe gehören auch die zahlreichen Haftungsbestimmungen der Spezialhaftpflichtgesetze (z. B. Art. 60 SVG, Art. 28 lit. b und Art. 30 ElG, Art. 66 LFG, Art. 33 I Rohrleitungsgesetz).

2.3.3. Die Unterscheidung: echte und unechte Solidarität

Die Solidarität im Sinne von Art. 143 OR ist keinesfalls die notwendige Folge der Verantwortlichkeit Mehrerer für den gleichen Schaden. Wo Solidarität nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist oder wo sie nicht abgemacht wurde, stehen die verschiedenen Ansprüche des Gläubigers in einem gewöhnlichen Konkurrenzverhältnis nebeneinander[6]. Nicht in allen diesen Fällen ent-

[1] Becker, Komm. Art. 143 N. 1.
[2] Vgl. oben Ziff. 2.2.
[3] Vgl. oben Ziff. 2.1.
[4] Becker, Komm. Art. 143 N. 3, v. Tuhr/Siegwart II S. 746, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 143 N. 6.
[5] Oser/Schönenberger, Komm. Art. 143 N. 6.
[6] v. Tuhr/Siegwart II S. 743 Fussnote 4; auch die Solidarhaftung im Sinne von Art. 50 und 143 OR stellt eigentlich einen Tatbestand der Anspruchskonkurrenz dar, weshalb Stucki die Anspruchskonkurrenz auch als den gemeinsamen Oberbegriff bezeichnet. Stucki S. 16ff. In der (echten) Solidarität stehen aber die verschiedenen Ansprüche in einem besonders engen Verhältnis. Zur Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Anspruchskonkurrenz vgl. Stucki S. 12.

steht aber ein Teilschuldverhältnis. Art. 51 OR sieht für jene Tatbestände, in denen mehrere Personen völlig unabhängig den gleichen Schaden herbeigeführt haben, eine besondere Regelung vor. Alle Personen sollen wenigstens dann einzeln für den ganzen Schaden einstehen müssen, wenn sie ihn nach den Grundsätzen des adäquaten Kausalzusammenhanges allein voll herbeigeführt hätten[1]. Unser Gesetz geht davon aus, dass der Geschädigte in solchen Fällen nur einmal den Schaden ersetzt erhalten soll[2].

Obschon Art. 51 OR den Begriff der Solidarität in keiner Weise erwähnt, wird aus der grundsätzlich vollen Ersatzpflicht jedes Einzelnen, der freien Belangbarkeit jedes Einzelnen und vor allem aus der ausführlichen Rückgriffsregel dieses Artikels das Bestehen einer Solidarschuld auch in diesen Fällen abgeleitet[3]. Im Gegensatz zu den erwähnten Tatbeständen der ausdrücklich gemeinsamen solidarischen Verpflichtung bzw. der gesetzlich festgelegten Solidarität wird aber diese Form der Anspruchskonkurrenz nur als uneigentliche, *unechte* Solidarität bezeichnet[4].

Von zahlreichen Autoren wurde in den letzten Jahren an dieser durch das Bundesgericht in konstanter Praxis[5] vertretenen Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität Kritik geübt[6]. Verschiedentlich wurde die einheitliche Behandlung aller dieser Schuldverhältnisse gefordert. Bevor wir auf die tatsächliche Bedeutung der Unterscheidung eingehen wollen, möchten wir die Frage nach den Unterscheidungsmerkmalen zwischen echter und unechter Solidarität stellen.

2.3.3.1. Die Unterscheidungsmerkmale zwischen echter und unechter Solidarität

Wenn wir uns die Frage stellen, woran wir das Vorliegen eines echten Solidarschuldverhältnisses gegenüber einem unechten erkennen können, so dürfen wir jedenfalls nicht einfach die Unterschiede dieser beiden Rechtsinstitute aufzählen, die ja meist nur die Folge dieser Unterscheidung sind. So kann z. B. die unterschiedliche Regelung der Verjährungsunterbrechung nach Art. 136 I OR nicht als Abgrenzungskriterium dienen[7].

Aus der Formulierung von Art. 51 OR müsste die Einheit bzw. die Mehrheit der einem Schadenstatbestand zugrunde liegenden «Rechtsgründe» als Unter-

[1] Guhl A. S. 208, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 3.

[2] Das römische Recht bürdete bei gemeinsam verübtem Delikt jedem Verantwortlichen volle – kumulative – Schadenersatzpflicht auf. Sohm/Mitteis/Wenger S. 363 f, Dernburg, Pandekten, S. 197, Stucki S. 1, Brühlmann S. 5.

[3] Rückgriff setzt in jedem Falle Solidarität voraus. Oftinger I S. 296, Stucki S. 57.

[4] Stucki bezeichnet die unechte Solidarität mit «blosser» Anspruchskonkurrenz, S. 17.

[5] BGE *69* II 168, *89* II 418 f, *90* II 190 f, *93* II 322, 333.

[6] v. Tuhr/Siegwart II S. 767, Oftinger I S. 41 f, Stucki S. 20, Bürgi, Probleme, S. 40 f, Meier-Wehrli S. 39 Fussnote 121, v. Büren S. 104, Stark, Probleme, S. 62 Fussnote 126.

[7] v. Tuhr/Siegwart II S. 766, Oftinger I S. 297, Stucki S. 18.

scheidungsmerkmal abgeleitet werden. In der Literatur wird aber oft die Ansicht vertreten, dieses Abgrenzungskriterium sei deshalb ungeeignet, weil über die Bedeutung des Begriffes «Rechtsgrund» absolut keine Einigkeit herrscht[1]. Abgelehnt wurde das Kriterium des Rechtsgrundes auch mit der Begründung, nach der heute herrschenden Mehrheitstheorie bestünde auch bei der echten Solidarität eine Mehrheit von Verträgen bzw. Obligationen aus Delikt und damit sei das Erfordernis des einheitlichen Entstehungs- bzw. Rechtsgrundes hier auch nicht erfüllt[2].

Häufig wurde daher auf die sogenannte «materielle Motiviertheit» zurückgegriffen[3]. Verfolgen mehrere Ansprüche den gleichen Zweck und sind sie in gleicher Weise juristisch gerechtfertigt, so besteht echte Solidarität[4]. Aber auch diese Begründung überzeugt beim oft erwähnten Spezialtatbestand der kumulativen Schuldübernahme nicht mehr, kann doch hier auf keinen Fall von einheitlicher materieller Motiviertheit gesprochen werden[5]. Dazu ist – wie STUCKI zutreffend ausführt – nicht einzusehen, inwiefern sich die juristische Rechtfertigung (materielle Motiviertheit) vom Entstehungsgrund und objektiven Rechtsgrund unterscheiden soll.

In seiner Dissertation versucht STUCKI ein anderes Individualisierungsmerkmal herauszuarbeiten. Charakteristisch für beide Tatbestände ist die Zweckgemeinschaft der Ansprüche – nämlich die volle einmalige Befriedigung des Gläubigers. Echte Solidarität setzt aber nach STUCKI das Bestehen einer *qualifizierten* Zweckgemeinschaft voraus[6]. In der Tat lassen die oben bei den Entstehungsgründen der Solidarschuld angeführten Tatbestände auf ein bestimmt geartetes Innenverhältnis unter den Schuldnern schliessen. Sowohl bei der gemeinsamen Absprache der Solidarität wie beim Tatbestand von Art. 50 OR, der auf das gemeinsame Verschulden der Delinquenten abstellt, stehen die Schuldner in enger Beziehung; sie sind sich der Zweckgemeinschaft bewusst, sie organisieren sich förmlich darauf[7]. STUCKI glaubt, dass in den Tatbeständen gesetzlicher Solidarität ebenfalls ein rechtliches oder wenigstens ein tatsächliches Verhältnis unter den Schuldnern vorliegen muss[8].

[1] Das Bundesgericht versteht unter dem Begriff der verschiedenen Rechtsgründe (Art. 51 OR) die verschiedenen *Entstehungsgründe*. BGE *69* II 168: Unerlaubte Handlung, Vertrag oder das Gesetz. Nicht nur die Tatbestände, in denen eine unerlaubte Handlung begangen und ein Vertrag verletzt wurde, sollen Solidarhaftung nach sich ziehen, sondern auch jene, in welchen zwei verschiedene Verträge verletzt oder zwei unerlaubte Handlungen begangen worden sind. BECKER unterscheidet zwischen eintypischer und mehrtypischer unechter Solidarität.

[2] STUCKI S. 27, GUHL A. S. 39, BRÜHLMANN S. 72.

[3] GUHL A. S. 52f, S. 163ff, BRÜHLMANN S. 78.

[4] BRÜHLMANN S. 78, GUHL A. S. 53.

[5] v. TUHR/SIEGWART II S. 765, BECKER, Komm., Vorbem. zu Art. 143 ff N. 9.

[6] STUCKI S. 33ff.

[7] GUHL A. S. 176f, STUCKI S. 35, BRÜHLMANN unterscheidet zwischen subjektiver (bewusster Zweckgemeinschaft) und objektiver (zufälliger) Gemeinschaft, S. 68f.

[8] STUCKI S. 35f, 40: «Der gemeinsame Tatbestand der Schadensverursachung genügt

Wir wollen das Unterscheidungskriterium der qualifizierten Zweckgemeinschaft am Grundtatbestand des Art. 50 OR etwas genauer prüfen. Der Artikel erklärt mehrere Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, für solidarisch haftbar. Sowohl das Bundesgericht als auch die Lehre leiten aus dem Erfordernis des gemeinsamen Verschuldens ab, dass echte Solidarität nicht schon bei bloss gemeinsamer Verursachung gegeben sein kann, wie dies aus den beiden romanischen Fassungen des Gesetzestextes hervorzugehen scheint[1]. So sagt das Bundesgericht in BGE *55* II 314f:

«Von einem gemeinsamen Verschulden kann aber nur gesprochen werden, wenn ein gemeinsames Unternehmen den Schaden herbeigeführt hat, d. h. wenn das Zusammenwirken der Beteiligten bewusst war. Kein gemeinsames Verschulden und daher keine echte Solidarität, sondern blosse Anspruchskonkurrenz, liegt vor, wenn mehrere Personen durch verschiedene, voneinander unabhängige Handlungen, ohne Bewusstsein des Zusammenwirkens, einen Schaden herbeiführen[2].»

Welche Voraussetzungen sind aber zur Annahme eines solchen bewussten Zusammenwirkens erforderlich? Die bundesgerichtliche Praxis über diese Frage ist uneinheitlich. In zwei neueren Urteilen wird auf die Umschreibung des gemeinsamen Unternehmens in BGE *55* II 314 Bezug genommen und damit auch an die Formulierung in BGE *62* II 138 angeknüpft[3]. In einigen anderen Urteilen stellte sich das Gericht aber auf den Standpunkt, dass nicht bloss absichtliches oder aufeinander abgestimmtes Verhalten das Erfordernis des bewussten Zusammenwirkens erfüllt, sondern dass schon eine gemeinsame Fahrlässigkeit genügt. So heisst es in BGE *71* II 107:

«Pour qu'il puisse y avoir collaboration consciente, il n'est pas nécessaire que les participants se concertent. Il suffit qu'ils doivent reconnaître que leurs actes ou leurs omissions sont propres à causer le dommage qui se produit ensuite[4].»

Die Fälle, in denen das Bundesgericht die Fahrlässigkeit zweier Personen als Grundlage für die echte Solidarität im Sinne von Art. 50 OR genommen hat, sind aber selten. In BGE *90* II 508 (Boykott Miniera AG) wurde wiederum ausdrücklich auf das Kriterium der bewussten und gewollten Teilnahme hingewiesen.

nicht, denn der Schaden wird durch mehrere Personen völlig getrennt und ohne gegenseitige Kenntnis herbeigeführt. Es genügt nicht, wenn bloss mehrere die Bedingung zum Eintritt eines Schadens setzen, sie müssen bewusst zusammenwirken, und damit ihrer gegenseitigen Verpflichtung bewusst sein.»

[1] Vgl. Art. 50 OR des französischen Textes: ...plusieurs ont causé ensemble un dommage. Italienischer Text: ...se il danno è cagionato da più persone insieme. BGE *55* II 314, Yung in Sem. jud. 55 S. 241f.

[2] Zu diesem gemeinsamen Verschulden und bewussten Zusammenwirken auch Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 2, Becker, Komm. Art. 50 N. 5, Oftinger I S. 293.

[3] BGE *82* II 547, *89* II 248f.

[4] Ähnlich BGE *45* II 310, *57* II 420, *79* II 66, vgl. auch Gilliard ZSR 86 (1967) II S. 261f, gleicher Ansicht schon Guhl A. S. 162ff, Becker, Komm. Art. 50 N. 6, auch v. Wattenwyl S. 137 Fussnote 4.

Das Unterscheidungskriterium der bewussten und organisierten Zweckgemeinschaft vermag in allen jenen Fällen nicht zu überzeugen, in denen das Gesetz wohl ausdrücklich Solidarität anordnet, von einer Gemeinschaft der mehreren Schuldner aber schlechterdings nicht mehr die Rede sein kann[1]. Diese Frage stellt sich bei allen Tatbeständen gesetzlicher Solidarität, bei denen ein so strenges Erfordernis wie das «gemeinsame Verschulden» in Art. 50 OR oder die gesellschaftsvertragliche Verbindung der Schuldner (Art. 544, 568, 569, 605, 607 OR) nicht vorausgesetzt wird. Untauglich ist dieses Merkmal jedenfalls bei den zahlreichen Solidaritätstatbeständen in den Spezialgesetzen, in denen meist nur aus Erwägungen eines wirksamen Gläubigerschutzes, aber ungeachtet bewusster oder zufälliger Beziehung unter den Schuldnern, Solidarhaftung angeordnet ist[2]. Die Tatsache, dass in diesen Tatbeständen Personen solidarisch haftbar sind, die aus völlig verschiedenen Rechtsgründen (sei nun darunter der Entstehungsgrund oder die materielle Motiviertheit verstanden) für einen Schaden einzustehen haben, zeigt uns, dass die Suche nach einem Einteilungskriterium für echte und unechte Solidarität im schweizerischen Recht vergebens sein muss. Wenn auch in der Regel bei echten Solidaritätsverhältnissen zwischen den verschiedenen Ansprüchen ein bestimmt geartetes Innenverhältnis festgestellt werden kann, so sind die schweizerischen Gesetze keineswegs konsequent genug, dass eine Einteilung der Tatbestände in echte oder unechte Solidarität nach der Art dieses Innenverhältnisses vorgenommen werden könnte.

Das Bundesgericht hält an der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität, gestützt auf die Formulierung in Art. 51 OR, fest. Wenn auch die Rechtsfolgen nicht von sehr grosser Bedeutung sind, so kann die Unterscheidung doch dazu dienen, gleiche oder ähnliche Tatbestände nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln. Sie bildet eine gewisse Garantie für eine rechtsgleiche Beurteilung von Schadenersatztatbeständen.

2.3.3.2. Die Rechtsfolgen der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität

Wenn in der Lehre öfters die Ansicht vertreten wird, dass sich die Unterscheidung nur in zwei unwesentlichen Punkten auswirke, nämlich in der Verjährungsunterbrechung und in der Frage der Rechtsnatur der Regressansprüche[3], so wird ihre Bedeutung vielleicht doch unterschätzt. Tatsächlich findet Art. 136 I OR als Reminiszenz der Einheitstheorie nur auf die Tatbestände der

[1] Wo das Gesetz Solidarität anordnet, liegt in jedem Falle echte Solidarität vor (Art. 143 OR).

[2] So etwa in Art. 30 ElG, Art. 66 LFG, Art. 60 SVG.

[3] Vgl. v. Tuhr/Siegwart II S. 767, Oftinger I S. 296f, Hartmann A. S. 34, Stucki S. 18, Béguelin SJK Karte 872 S. 2. Auch das Bundesgericht spricht sich in diesem Sinne aus: BGE *89* II 415, *90* II 184, vgl. dazu aber Gilliard ZSR 86 II S. 262ff.

echten Solidarität Anwendung, und nur die Regressansprüche bei echter Solidarität beruhen auf einer Subrogation nach Art. 149 I OR. Eine weitere Auswirkung – und für unser Thema die bedeutsamste – findet sich aber im bereits zitierten Entscheid BGE *55* II 314 angedeutet, wo etwas voreilig der folgende Schluss gezogen wurde:

«Dans le cadre de l'art. 51, on ne peut refuser à chaque participant le droit de se prévaloir à l'encontre du lésé du fait que sa faute est plus légère que celle des autres défendeurs.»

Es geht hier um die Frage der Anwendbarkeit der allgemeinen Schadenersatzreduktionsgründe des OR (insbesondere Art. 43 und 44 OR) auf die Solidarschuldverhältnisse. Diese Frage wurde durch das Bundesgericht für die Fälle der echten und der unechten Solidarität in unterschiedlicher Weise gelöst. Wir wollen diesem Problem erst im Zusammenhang mit der Frage des Umfanges der Ersatzpflicht nachgehen.

3. Insbesondere das Wesen der Solidarität der aktienrechtlichen Bestimmungen Art. 718 und 759 OR

3.1. *Solidarhaftung zwischen der Gesellschaft und den verantwortlichen Personen*

Nach allgemeiner Auffassung sieht Art. 55 ZGB die solidarische Haftbarkeit zwischen der juristischen Person und ihren Organen für die im Geschäftsbetrieb begangenen unerlaubten Handlungen dieser letzteren vor[1]. Die gleiche solidarische Haftung ist auch für das Verhältnis zwischen der AG und ihren Organen anzunehmen, stellt doch Art. 718 III OR nur einen Sondertatbestand von Art. 55 ZGB dar. Kreis bezeichnet das Haftungsverhältnis als unechte Solidarhaftung, da die juristische Person ex lege, die Organträger ex delicto haften[2].

Eine Solidarhaftung besteht dagegen nicht zwischen der Gesellschaft und den Organen bei Geltendmachung eines mittelbaren Schadens durch einen Aktionär oder Gläubiger. Die Klage gegen die Gesellschaft ist sinnlos, weil sie sich selber Schadenersatz leisten müsste.

3.2. *Das Wesen der Solidarität in Art. 759 OR*

3.2.1. Geschichtliches

Bevor wir diese Spezialbestimmung des Verantwortlichkeitsrechts analysieren, wollen wir kurz ihre historische Entwicklung betrachten.

[1] Egger, Komm. Personenrecht Art. 55 N. 22, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 51 N. 9, Kreis S. 79, Portmann S. 41, offenbar auch das Bundesgericht in BGE *32* II 520, *61* II 234.
[2] Kreis S. 79, auch Oser/Schönenberger, Komm. Art. 51 N. 9, vgl. aber BGE *32* II 519.

Das alte OR (vor 1936) erwähnte die Solidarität im Verantwortlichkeitsrecht der AG in zwei Tatbeständen. Art. 673 aOR legte die solidarische Haftung der mit der Verwaltung und der Kontrolle beauftragten Personen für ihre Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft fest, während Art. 674 aOR solidarische Haftung dieser Personen gegenüber den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für allen durch absichtliche Pflichtverletzung verursachten Schaden vorsah. Demgegenüber lautet Art. 759 rev. OR:

«Sind mehrere Personen für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie solidarisch.»

Die ganz erhebliche Verschärfung dieser Solidaritätsanordnung in bezug auf die Voraussetzungen (culpa levissima) und auf den davon erfassten Personenkreis kann wiederum nur aus der anlässlich der Revision des Banken- und Gesellschaftsrechts vorherrschenden Auffassung erklärt werden, ein wirksamer Gläubiger- und Aktionärsschutz lasse sich nur durch ein strenges Verantwortlichkeitsrecht garantieren. Die Bestimmung wurde in enger Anlehnung an jene des Bankengesetzes aufgestellt[1], das in seinem Art. 44 ebenfalls Solidarhaftung vorsieht.

3.2.2. Der solidarisch haftbare Personenkreis

Aus der Systematik des Gesetzes geht hervor, dass sämtliche Personen, die aus einer der in Art. 752 ff OR aufgestellten Bestimmungen verantwortlich werden können, dieser Solidarhaftung unterstellt sind. Allerdings ordnet das Gesetz Solidarität nur unter Personen an, die für «denselben Schaden» verantwortlich sind. Im Gegensatz zum gemeinsamen Verschulden in Art. 50 OR soll hier also bereits die gemeinsame Verantwortlichkeit zur Begründung der Solidarhaftung genügen. Der Begriff dieses «gleichen» Schadens ist allerdings noch kaum abgeklärt. Wir gehen wohl nicht fehl, wenn wir diese Frage als ein Kausalitätsproblem qualifizieren und darauf erst bei der Erörterung des Verhältnisses: Solidarität–Kausalzusammenhang, näher eintreten.

3.2.3. Echte oder unechte Solidarität?

Im Bericht zum ersten Entwurf (1919) zur Revision des OR Titel XXIV–XXXIII findet sich bei den Erwägungen zum Verantwortlichkeitsrecht der Satz:

«Mehrere aus derselben Schadenzufügung haftbare Personen haften dabei nach den Regeln des OR für den Schadenersatz solidarisch, so dass also der Grundsatz, wie er für

[1] Protokoll der ständerätlichen Kommission, XII. Session, 21.–24. Januar 1935, S. 38 zu Art. 746–754bis. Das Verantwortlichkeitsrecht der AG wurde zur Angleichung an das Bankengesetz an das Departement zurückgewiesen.

die Haftung aus unerlaubter Handlung aufgestellt ist, OR Art. 50, auch auf diese Haftung aus Vertrag Anwendung finden soll[1].»

Die Gleichsetzung mit dem Tatbestand von Art. 50 OR[2] überrascht insofern, als die Haftung der verantwortlichen Personen gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern im gleichen Satz als vertraglich bezeichnet wird. Aus dem Hinweis auf Art. 50 OR lässt sich immerhin mit Sicherheit ableiten, dass Art. 759 OR der Solidarhaftung von Art. 50 OR nahesteht. Trotzdem könnte man sich fragen, ob diese Solidarhaftung als echte oder als unechte im Sinne von Art. 51 OR zu qualifizieren sei.

Bei der Erörterung der Unterscheidungsmerkmale zwischen echter und unechter Solidarität haben wir mit Hilfe des Kriteriums der qualifzierten Zweckgemeinschaft und des bewussten Zusammenwirkens eine Abgrenzung der Tatbestände versucht. Auf das Verantwortlichkeitsrecht der AG angewandt, müsste uns dieses Kriterium zur Annahme eines unechten Solidarschuldverhältnisses[3] zwischen den leitenden Personen der AG führen, da wohl in den wenigsten Fällen von einer bewussten Zweckgemeinschaft im Sinne von Art. 50 OR gesprochen werden kann. Für mehrere Gründer und mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates untereinander liesse sich ein solches Verhältnis zwar noch denken, selten aber in den Fällen, in denen sowohl Gründer, Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Mitglieder der Kontrollstelle verantwortlich sind. Von bewusster Zweckgemeinschaft, die sich förmlich auf eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre organisiert, kann kaum je die Rede sein. Art. 759 OR steht daher u.E. der Bestimmung von Art. 51 OR näher als derjenigen von Art. 50 OR[4].

Gleichwohl stellt Art. 759 OR einen Tatbestand echter Solidarität dar[5]. Dies geht eindeutig aus Art. 143 II OR hervor[6]. Wo das Gesetz ausdrücklich Solidarität anordnet, besteht echte Solidarität. Auch für die Solidarhaftung des Verantwortlichkeitsrechts ergeben sich somit die Rechtsfolgen von Art. 136 I OR und Art. 149 I OR.

[1] 1. Bericht zum ersten Entwurf 1919 S. 87, die Botschaft dazu von 1928 verweist nur noch allgemein auf Art. 41 ff OR, Botschaft S. 61.

[2] Auch KREIS S. 78 f, KAESLIN S. 46.

[3] Unechte Solidarität im Sinne von eintypischer unechter Solidarität (Haftung aus verschiedenen Verträgen).

[4] Dies hat u.E. auch für die Parallelbestimmung des Bankengesetzes (Art. 44 BkG) zu gelten. Eine differenzierte Beurteilung des Verantwortlichkeitsrechts der AG und des Bankengesetzes rechtfertigt sich nicht. Vgl. dazu MEIER-WEHRLI S. 40.

[5] Vgl. oben Ziff. 2.3.3.1.

[7] Auch BÜRGI, Probleme, S. 41, HENGGELER S. 57 ff, MEIER-WEHRLI S. 39 und 47.

1. Allgemeines

1.1. *Grundsatz*

Art. 144 OR gibt dem Gläubiger das Recht, nach seiner Wahl von allen Schuldnern *das Ganze* zu fordern. Alle bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist (Art. 144 II OR). Art. 50 OR sagt nur, dass die Schuldner *für den Schaden* solidarisch haften.

Nach Art. 41 OR haftet eine Person für einen durch sie in schuldhafter Weise verursachten Schaden. Das heisst aber nicht, dass diese Person in jedem Falle den ganzen Schadensbetrag ersetzen muss. Der Richter hat gemäss Art. 43 und 44 OR eine sogenannte Ersatzbemessung vorzunehmen[1]. Diese Ordnung gilt jedenfalls dann, wenn dem Geschädigten nur ein Schädiger gegenübersteht.

Gehen wir von der dem Gesetz zugrunde liegenden und von der Literatur und Judikatur allgemein vertretenen Auffassung aus, dass der Gläubiger von jedem Solidarschuldner den Ersatz seines ganzen Schadens verlangen kann, so kommen wir zum Schluss, dass die Ersatzbemessungsregeln der Art. 43 und 44 OR bei der Solidarschuld im Aussenverhältnis keine Anwendung finden können[2,3,4]. Dies liefe darauf hinaus, dass ein Geschädigter, dem eine Mehrzahl von verantwortlichen Personen gegenübersteht, im Verhältnis zu einem Geschädigten, dem nur eine Person verpflichtet ist, weit besser gestellt ist. Diese Konsequenz wird von Lehre und Praxis erkannt und die Regelung der Solidarität deshalb auch allgemein als eine Privilegierung des Gläubigers bezeichnet[5]. Das Bundesgericht stellt fest:

«Le concours des prétentions a précisement pour but, d'assurer au lésé la réparation la plus complète de son préjudice[6].»

«Il serait plus injuste encore, que ce fût la victime, plutôt que l'un des auteurs du dommage, qui dût éprouver une perte[7].»

[1] Dazu vgl. unten Ziff. 3.

[2] Vgl. z. B. Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 2, v. Büren S. 66 und dort zitierte Gerichtsentscheide, auch S. 91.

[3] Haftung für den ganzen Schaden besteht sowohl bei echten wie bei unechten Solidarschuldverhältnissen; BGE *93* II 322.

[4] Gegenstück zu dieser strengen Ganzhaftung im Aussenverhältnis ist das sekundäre, rein interne Regressrecht, das dem zahlenden Schuldner die Berufung auf jene reduzierenden und entlastenden Umstände, die er gegenüber dem Gläubiger, dem Verletzten, nicht vorbringen kann, doch noch erlaubt. Die Auseinandersetzung ist vom Aussen- auf das Innenverhältnis verschoben.

[5] Oftinger I S. 82f, 296, 301f, v. Büren S. 91, Stark, Probleme, S. 47 Fussn. 88, Kummer S. 176, Béguelin SJK Karte 872 S. 1, Brühlmann S. 7, Hartmann A. S. 31ff, BGE *66* II 121, ZR 66 Nr. 107.

[6] BGE *89* II 123, *93* II 322, 333, *66* II 121, ZR 66 Nr. 107.

[7] BGE *89* II 123, *66* II 121 E. 5.

Nicht nur wäre die Abklärung der Einzelverantwortlichkeiten mit für den Verletzten beinahe untragbaren Kosten und Prozessrisiken verbunden, auch das Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines Mitverursachers soll gerechterweise nicht dem Geschädigten aufgebürdet werden[1]. Gerade dieses letzte Argument scheint allerdings im Lichte des allgemeinen Schadenersatzrechtes insofern zweifelhaft, als der Geschädigte die Zahlungsunfähigkeit des Verursachers dann auf sich nehmen müsste, wenn dieser überhaupt der einzige Schädiger wäre. Warum soll gerade in dem für den Verletzten günstigeren Falle – wenn ihm mehrere Verursacher gegenüberstehen – noch eine zusätzliche Absicherung gegen Zahlungsunfähigkeit erfolgen? Verschiedentlich wurde aus diesen und anderen Erwägungen der Schluss gezogen, die Regelung der passiven Solidarität widerspreche den Grundsätzen unseres Schadenersatzrechtes, und verschiedentlich wurde und wird versucht, durch eine differenzierte Auslegung des Solidaritätsbegriffes die Konkordanz mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht doch noch zu begründen.

Wir wollen im folgenden abklären, ob die Solidarhaftung mit den wichtigsten Grundsätzen unseres Schadenersatzrechts in Übereinstimmung gebracht werden kann. Besonders interessiert das Verhältnis zwischen Solidarität und den haftungsbegründenden Kriterien des Kausalzusammenhanges und des Verschuldens; natürlich aber auch die Möglichkeiten und Folgen der Anwendung der sogenannten Entlastungs- und Reduktionsgründe im Rahmen der Solidarschuldverhältnisse.

1.2. *Die Ausnahme der summenmässigen Haftungsbeschränkung*

Eine wenn auch unbedeutende Ausnahme vom Grundsatz der Haftung aller Verursacher für den ganzen Schaden stellt die in einigen Spezialhaftpflichtgesetzen vorgesehene Beschränkung der Ersatzpflicht auf einen bestimmten Höchstbetrag dar[2]. Solche Haftungshöchstbeträge finden sich hauptsächlich in den Transportreglementen der öffentlichen und privaten Verkehrsgesellschaften, z.B. in SSchG Art.49 und 126; LFG Art.64 II lit.b und Art.65; LTrR Art.9; ETrG Art.31–33, 48–50. Auch in Art.487ff OR ist für die Haftung der Gast- und Stallwirte eine solche Höchstsumme vorgesehen.

Diese Spezialhaftungsnormen bilden insofern Ausnahmen vom Solidaritätsprinzip, als sich die Ersatzpflicht der Transportanstalt auch dann nicht über den im Reglement oder Gesetz genannten Höchstbetrag hinaus erhöht, wenn neben ihr Drittpersonen für den gleichen Schaden haftbar sind. Nur bis zum

[1] Hartmann A. S.32, BGE *66* II 121 E.5, *89* II 123, *93* II 323.

[2] Die Bezeichnung «Haftungsbeschränkung» hat sich eingebürgert, obschon eigentlich nicht die «Haftung» eingeschränkt wird – der Verantwortliche haftet mit seinem ganzen Vermögen –, sondern die Schuld. Eulau S.241ff, Wolfensberger S.2ff, vgl. aber dazu oben I Ziff.2.1.

gesetzlich vorgesehenen Haftungshöchstbetrag haften Anstalt und Drittpersonen zusammen. Für den Rest sind nur die Drittpersonen verantwortlich[1].

Die Ausnahme ist unbedeutend, weil sie nur in einigen weniger wichtigen Haftpflichtgesetzen vorgesehen ist. Zudem spielt diese Privilegierung in der Regel nur im Rahmen der Kausalhaftung[2], d.h. bei einem Verschulden der Anstalt haftet diese nach den Haftpflichtnormen des OR unbeschränkt[3]. Schliesslich wird die parallele Haftbarkeit von Drittpersonen selten sein, weil z.B. die Besatzungsmitglieder eines Schiffes oder eines Flugzeuges nicht als solche Drittpersonen betrachtet werden können. Der Reeder bzw. der Luftfahrzeughalter hat nämlich auch für das Verschulden seiner Besatzung einzustehen[4], seine Haftung ist auch in einem solchen Fall unbeschränkt.

2. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts in Solidarhaftungstatbeständen

2.1. *Das Verhältnis: Solidarität–Kausalzusammenhang*

Eine Person ist nur dann für einen Schaden haftbar, wenn dieser Schaden durch sie selber oder durch einen Dritten, für den sie einzustehen hat, nach dem Grundsatz der adäquaten Verursachung herbeigeführt wurde. Die Adäquanz des Kausalzusammenhangs wird dann bejaht, wenn eine Ursache als generell geeignet erscheint, eine Wirkung, wie sie sich im Schaden geäussert hat, herbeizuführen; oder nach OFTINGER:

«Haftungsbegründend ist die Ursache, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache begünstigt erscheint[5].»

OFTINGER stellt fest, dass die Solidarhaftung bei Verursachung eines Schadens durch mehrere Personen einen Bruch dieses Kausalitätsprinzipes darstellt[6]. Da bei Solidarität jeder grundsätzlich für den ganzen Schaden haftet, kann sich ein Einzelner nicht darauf berufen, er habe nur einen Teil des Scha-

[1] WOLFENSBERGER S.56.

[2] Eine Ausnahme davon bildet das Warschauer-Abkommen (W.A.) vom Jahre 1929 (rev. 1955 und 1961). Dort ist auch für eine Verschuldenshaftung (mit umgekehrter Beweislast) ein Haftungshöchstbetrag vorgesehen. WOLFENSBERGER S.9 und 39, GULDIMANN, Komm. S.97.

[3] Art.487 II OR, WOLFENSBERGER S.4.

[4] Art.48 I SSchG, Art.20 W.A., bei Sabotage durch Dritte könnte diese Haftungsbegrenzung doch aktuell werden.

[5] OFTINGER I S.57f, BGE *93* II 337, *91* II 190, *89* II 250, *93* II 29, *87* II 127, *83* II 411, *81* II 445.

[6] OFTINGER I S.295 f und 82: Die Regel der Solidarität ist nicht logisch oder mit dem Grundsatz der Adäquanz zu begründen, sondern bloss rechtspolitisch (Entgegenkommen an den Geschädigten).

dens verursacht[1]. Er muss primär auch für die Anteile aller übrigen Schädiger einstehen. Man kann sich fragen, ob die Feststellung OFTINGERS für sämtliche Tatbestände der Solidarschuldnerschaft zutrifft.

2.1.1. Wo – wie in Art. 50 OR – bewusstes Zusammenwirken der Schädiger für die Solidarität erforderlich ist, geht es nicht an, die Adäquanz des Kausalzusammenhanges nur zwischen der Handlung jedes Einzelnen und dem Schaden nachprüfen zu wollen. Diese Einzeltätigkeiten sind bewusst aufeinander abgestimmt. Adäquanz besteht u.E. für alle Teilursachen mit dem ganzen Schaden, wenn die generelle Eignung der Gesamttätigkeit feststeht[2]. Von verschiedenen Autoren wird die Solidarität von Art. 50 OR sogar direkt aus dem Kausalitätsprinzip abgeleitet. So bemerken OSER/SCHÖNENBERGER zu Art. 50 OR:

«Nach der oben (...) erwähnten Kausalitätstheorie haftet jeder von mehreren fahrlässig oder vorsätzlich Handelnden für den adäquat verursachten Schaden vollständig. Der Einzelne kommt dabei nicht bloss als Mitverursacher in Betracht, denn er hat für den ganzen Schaden eine Bedingung gesetzt, was zur Annahme des Kausalzusammenhangs genügt. Daraus ergibt sich naturgemäss die Möglichkeit für den Verletzten, an sich jeden Verursacher für den ganzen Schaden haftbar zu machen[3].»

Bei den übrigen Tatbeständen echter und unechter Solidarität müssen wir weiter unterscheiden:

2.1.2. Wo die Handlung jedes Einzelnen generell geeignet gewesen wäre, einen Schaden im entstandenen Ausmass herbeizuführen, widerspricht die solidarische Haftbarkeit der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang nicht. Man spricht in diesen Fällen von kumulativer (konkurrierender) Kausalität[4].

2.1.3. Wo nur durch ein – allerdings unbewusstes – Zusammenwirken mehrerer Personen ein so grosser Schaden entstehen konnte, nimmt die Lehre jedenfalls dann auch Ganzhaftung aller[5] an, wenn sich die konkreten Teilverursachungen nicht genau bestimmen lassen[6,7]. Allgemein wird von «gemeinsamer» Kausalität gesprochen. Die generelle Eignung jeder Einzelhandlung, einen Er-

[1] OFTINGER I S. 79.

[2] GUHL A. S. 163, GRÖNER S. 7, vgl. auch die Tatbestände von Körperverletzungen bei sportlichen Anlässen: BGE *79* II 69, ZR 56 Nr. 101.

[3] OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. Art. 50 N. 1, v. WATTENWYL S. 138ff.

[4] OFTINGER I S. 107, STARK, Diss. S. 54, v. TUHR/SIEGWART S. 86, BECKER, Komm. Art. 41 N. 33b.

[5] v. TUHR/SIEGWART begründen diese solidarische Haftung mit dem Kausalitätsprinzip. Vgl. I S. 85 und S. 395: «In Ermangelung besonderer Vorschriften ergibt sich aus den Grundsätzen des Kausalzusammenhanges, dass jeder Täter für den ganzen Schaden aufzukommen hat».

[6] Oft wird das Beispiel angeführt von zwei Fabriken, die unabhängig Giftstoffe in einen Bach fliessen lassen, wobei erst durch die Gesamtmenge ein Fischsterben verursacht wird.

[7] Teilhaftung soll nach dem Bundesgericht dann eintreten, «wenn sich der Schadenserfolg zu bestimmten Anteilen auf die Tätigkeit der einzelnen mitwirkenden Personen zurückführen

folg vom eingetretenen Ausmass herbeizuführen, ist hier nicht mehr gegeben. Unseres Erachtens führt die Solidarhaftung in diesen Fällen zu einer Haftungsausdehnung, die mit dem Grundsatz der Adäquanz des Kausalzusammenhanges im Widerspruch steht[1].

2.1.4. In diesem Zusammenhang sind auch die Tatbestände sogenannter «alternativer» Kausalität zu erwähnen, in denen wohl eine Mehrzahl von Personen an der Schaffung des Gefahrenzustandes, der schliesslich zur Schädigung führte, beteiligt waren, in welchen der Schaden selber aber nur durch eine Person verursacht worden sein konnte (Beispiel: ein Raufhandel, bei dem eine Person durch einen Messerstich verletzt wurde, oder das Einschlagen einer Fensterscheibe während eines Ballspieles)[2]. Die Praxis nimmt in der Regel auch dann Solidarität an, wenn einzelnen der Nachweis gelingt, die Verletzung wegen temporärer Abwesenheit oder Unfähigkeit nicht unmittelbar verursacht haben zu können. Bereits die Beteiligung an der übermässig gefährdeten Veranstaltung soll diese Solidarität begründen[3].

Ob die Verlegung der Beurteilung der Adäquanz in ein Vorstadium der Verletzung – nämlich in die Zeit der gewöhnlichen Rauferei – gerechtfertigt ist, wollen wir offenlassen. Die Frage ist in Literatur und Praxis umstritten[4, 5].

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass bereits eine Teilverursachung genügt, um die Gesamthaftung aller Beteiligten herbeizuführen. In den unter Ziff. 2.1.3. genannten Tatbeständen «gemeinsamer Kausalität» geht die Solidarhaftung über den von jedem Verantwortlichen adäquat verursachten Schaden hinaus.

2.2. *Das Verhältnis: Solidarität–Verschulden*

Vom Verschulden eines Schädigers spricht man dann, wenn ihm eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Dabei wird sein Verhalten ex ante beurteilt, dem Kriterium der Voraussehbarkeit kommt grosse Bedeutung zu.

lässt». BGE *68* II 375, *60* II 267, SJZ 21 S. 40, ZR 53 Nr. 4, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 9, Gilliard S. 269, vgl. auch das Beispiel bei Guhl A. S. 210 Fussnote 33.

Kritik an dieser Rechtsprechung bei Oftinger I S. 295 Fussnote 10, Gilliard S. 269, Guisan JT 1943 I S. 478.

[1] BGE *55* II 87, *45* II 262.

[2] v. Tuhr/Siegwart I S. 87, Stark, Diss. S. 54.

[3] BGE *51* II 420, *48* II 151, *45* II 307, *42* II 476, v. Tuhr/Siegwart I S. 87, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 7, anders BGE *25* II 817, *31* II 252, Becker, Komm. Art. 50 N. 3, ZR 42 Nr. 28.

[4] Guhl A. S. 208, v. Büren S. 66.

[5] Weiter wären die «mittelbare Verursachung» und die «überholende Kausalität» zu erwähnen. Mit diesen Begriffen werden Tatbestände bezeichnet, bei denen ein Schaden durch ein zeitlich und eventuell örtlich getrenntes Ereignis noch verschlimmert wurde. Oftinger I S. 88 ff, Gilliard S. 268, BGE *43* II 241, *80* II 353, ZR 42 Nr. 54.

Haften ein Erstschädiger und ein den Geschädigten fahrlässig behandelnder Arzt für den

Aus der Berücksichtigung des Verschuldens wird ein wesentlicher, unserem Schadenersatzrecht zugrunde liegender Gedanke abgeleitet: der Grundsatz des Gleichgewichtes zwischen dem Verschulden und der Schadenersatzpflicht[1]. Die Solidarhaftung als Haftung aller Verursacher für den ganzen Schaden scheint diesem Satz zu widersprechen. Das Bundesgericht stellt in BGE *59* II 458 fest:

«Besteht aber Solidarität, so kommt es im Verhältnis zum Geschädigten nicht auf die Schwere des Verschuldens an, sondern derjenige, den ein geringeres Verschulden trifft, haftet für den vollen Schaden, so gut wie derjenige, dessen Verschulden schwerer ist.»

Auch aus den zahlreichen anderen Urteilen zur solidarischen Haftung geht hervor, dass der Grundsatz des Gleichgewichtes zwischen Schuld und Haftung im Aussenverhältnis (gegenüber dem Gläubiger) nicht beachtet wird[2].

Damit soll natürlich nicht gesagt sein, dass das Verschulden bei den Tatbeständen solidarischer Haftung überhaupt keine Rolle mehr spiele. Wo nicht gerade mehrere Kausalhaftpflichtige einen Schaden verursachten, kommt ihm trotzdem haftungsbegründende Bedeutung zu. Dazu liefert es den für das Regressrecht wesentlichen Verteilungsschlüssel[3].

3. Die Ersatzbemessung im Rahmen der Solidarhaftung

3.1. *Allgemeines*

Art. 43 OR trägt dem Richter auf, Art und Grösse des Ersatzes nach den Umständen und der Grösse des Verschuldens des Schädigers zu bestimmen[4]. Zudem sollen gemäss Art. 44 I OR jene Umstände, für die der Geschädigte selber einzustehen hat, und gemäss Art. 44 II OR die finanzielle Notlage des Ersatzpflichtigen bei der Bestimmung der Ersatzhöhe angemessen berücksichtigt werden. Diese Bemessungsfaktoren werden häufig auch Reduktionsgründe des Schadenersatzes genannt[5,6]. Die Berücksichtigung all dieser Faktoren trägt dem Gedanken Rechnung, dass dem Verursacher eines grossen Schadens, welchem vielleicht nur ein geringer Vorwurf gemacht werden kann, gerechterweise

Endschaden solidarisch? Die Praxis ist bei der Beurteilung der Adäquanz recht large. Der Entschädiger hat meist auch für einen ausgefallenen Endschaden einzustehen. Hingegen könnte der Arzt auf keinen Fall auch für jene Behandlungskosten haftbar gemacht werden, die als Folge der Erstschädigung anfielen.

[1] Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Vermischte Schriften, S. 215, Guhl Th., Untersuchungen, S. 8ff, Becker, Komm. Art. 43 N. 8, Oftinger I S. 235, Stark, Probleme, S. 38, BGE *82* II 31, *59* II 370, *53* II 430.

[2] BGE *93* II 322, 33, *90* II 191, *89* II 122, 248, *80* II 253, *66* II 118, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 1f.

[3] v. Büren S. 92, Oftinger I S. 82, des Gouttes JT 92 S. 98, BGE *96* II 176.

[4] Oftinger I S. 233.

[5] Stark, Probleme, S. 37ff, v. Büren S. 53ff. Gehen wir vom Gesetzestext aus, so erscheint die Bezeichnung «Reduktionsgründe» ungenau, da gemäss dem Marginale zu Art. 44 OR nur die dort genannten Faktoren «Herabsetzungsgründe» sind.

[6] Davon sind die sogenannten «Entlastungsgründe» zu unterscheiden. Vgl. dazu unten Ziff. 3.2.1.1.

nur der Betrag angelastet wird, der seiner Nachlässigkeit einigermassen entspricht[1]. Dies ist die Idee vom Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadenersatz. Sehr oft spielt ja bei solchen Schädigungen ein nicht unerhebliches Mass an Schicksal mit, das billigerweise auch nicht allein vom Schädiger getragen werden soll[2].

Im Anschluss an den Wortlaut der Art. 43 und 44 OR werden von der Lehre in der Regel folgende Bemessungsfaktoren unterschieden[3]:

1. Geringfügigkeit des Verschuldens eines Schädigers.
2. Das sogenannte Selbstverschulden des Verletzten.
3. Die ökonomischen Verhältnisse der Parteien.

Wie wir bereits festgestellt haben, (oben Ziff. 1) schliesst der Solidarhaftungsgrundsatz nach herkömmlicher Lehre die Anwendung dieser Bemessungsfaktoren im Verhältnis zwischen den Solidarschuldnern und dem Geschädigten aus. Da diese Lehre in neuerer Zeit verschiedentlich in Zweifel gezogen wurde, wollen wir versuchen, im folgenden aufzuzeigen, ob – im Sinne dieser Kritik – der gesetzliche Solidaritätsbegriff nicht doch eine Differenzierung durch Rücksichtnahme auf die individuellen Verantwortlichkeitsbeiträge schon im Aussenverhältnis zulässt. Da die Solidarhaftung in einigen uns besonders interessierenden Tatbeständen dem prinzipalen Grundsatz der Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen Ursache und Schaden widerspricht[4], ist zu prüfen, ob neben dem Verschulden nicht auch der Kausalzusammenhang als solcher Differenzierungsfaktor in Frage kommt.

3.2. *Der Kausalzusammenhang als Differenzierungsfaktor*

3.2.1. Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges bei Verantwortlichkeit mehrerer Personen in allgemeinen Schadenstatbeständen

3.2.1.1. Die Bedeutung und Rechtfertigung der sogenannten Entlastungsgründe

Besonders im Zusammenhang mit den Spezialhaftpflichtgesetzen unterscheiden Literatur und Judikatur zwischen den haftungsausschliessenden Entla-

[1] Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass sich der Schadenersatz nach der Lage des Verletzten richten müsse, also voll geschuldet sei, und dass die Bemessung nach dem Verschulden eine Einmischung strafrechtlicher Momente darstelle. v. Tuhr/Siegwart I S. 96, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 43 N. 2, Guhl Th., Untersuchungen, S. 44ff.

[2] Bürgi, Probleme, S. 41.

[3] Oftinger I S. 235ff, v. Tuhr/Siegwart I S. 96ff, des Gouttes S. 10ff, v. Büren S. 54. Zur Bedeutung des «Drittverschuldens» bei der Ersatzbemessung vgl. unten Ziff. 3.3.1.1. v. Büren nennt zudem die Geringfügigkeit der Adäquanz als prinzipalen Bemessungsgrundsatz.

[4] Wir meinen damit die Tatbestände der «gemeinsamen Kausalität».

stungs- und den bereits erwähnten Reduktionsgründen[1]. Als Entlastungsgründe werden im allgemeinen anerkannt[2]:

1. Höhere Gewalt.
2. Selbstverschulden.
3. Drittverschulden.

Obschon im OR nicht ausdrücklich erwähnt, führen höhere Gewalt, grobes Selbst- und grobes Drittverschulden in allen Schadenstatbeständen – also auch bei Verschuldenshaftung Mehrerer – zum Haftungsausschluss, wenn, so wird häufig gesagt, durch sie die Adäquanz der Hauptkausalität durchbrochen ist[3]. In der Regel wird dies dann angenommen, wenn einer der drei angeführten Gründe im Rahmen des ganzen Schadensereignisses von solcher Bedeutung ist, dass er unter dem Gesichtspunkt der adäquaten Kausalität «als einzige Ursache» zu bezeichnen ist[4]. In den Fällen, in denen z.B. das Drittverschulden unter dem Gesichtspunkt der adäquaten Kausalität die einzige Ursache eines Unfalles bildet, werden die anderen Ursachen, die für sich allein ohne weiteres generell geeignet wären, einen Schaden im entstandenen Ausmass herbeizuführen, durch eine juristische Wertung aller Ursachen ausser acht gelassen. Diese minderwertigen Ursachen werden sogar als «inadäquat» bezeichnet, obschon ihnen die generelle Eignung nicht abgesprochen werden kann[5].

Es ist STARK zuzustimmen, wenn er feststellt, dass in all diesen Fällen nicht die generelle Eignung einer Ursache, einen Schaden herbeizuführen, unterbrochen ist, sondern dass hier das schwere Selbst- oder Drittverschulden bewirkt, dass im Werturteil eine Ursache, trotz ihrer Adäquanz, *nicht als rechtlich relevant* erscheint[6]. Allerdings ist festzuhalten, dass in diesen Tatbeständen die

[1] OFTINGER I S.95, II/1 S.339 ff, 363 ff, 428 ff, 435 ff, STARK, Diss. S.104ff, BUSSY SJK Ersatzkarten 910, 911, 911a, 912, STARK, Probleme, S.19 und 37.

[2] STARK, Diss. S.111f, Probleme S.19ff, OFTINGER I S.99.

[3] OFTINGER I S.100 und dort in Fussnote 154 zit. Literatur und Judikatur, STARK, Probleme, S.20ff, DES GOUTTES S.100, v.BÜREN S.59.

[4] Literatur und Praxis folgen weitgehend OFTINGER, der die Voraussetzungen genügender Intensität ausführlich erläutert: I S.92 f und 95, STARK, Probleme, S.21 Fussnote 6. Zur umfangreichen Judikatur der Kausalhaftungstatbestände der Spezialhaftpflichtgesetze vgl. OFTINGER II/1 S.340 und 430. BGE *87* II 306/307:

«Beim Entscheid darüber, ob das Dritt- oder Selbstverschulden den Kausalzusammenhang mit der Betriebsgefahr unterbreche, kann es nur darauf ankommen, mit welcher Intensität sich dieses Verschulden im Vergleich zu den übrigen Umständen beim Unfallereignis ausgewirkt hat.»

Auch BGE *72* II 193 f, *75* II 73, *85* II 354, *95* II 333 und 344, ZBJV 107 S.133f. Vgl. auch die strafrechtliche Rechtsprechung: BGE *88* IV 100, *83* IV 35.

[5] STARK hat diesen Widerspruch zu der Adäquanztheorie klar herausgearbeitet, Diss. S.96ff.

[6] STARK spricht denn auch bei diesem aufgrund einer Wertung ermittelten Ursachenausschluss von *uneigentlicher* Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, Diss. S.96ff, 172.

Die Auffassung, dass bei genügender Intensität die Entlastungsgründe zur Unterbrechung des Kausalzusammenhanges führen, wird nicht überall anerkannt. Oft werden darin bloss

Irrelevanz einer Ursache gar nicht durch den Vergleich mit einer konkurrierenden Ursache festgestellt wird. Verschulden, Selbstverschulden und Drittverschulden bezeichnen eine Relation zwischen einem Verhalten und einem Sollenssatz, also eine ideelle Beziehung, und sind selber nicht Ursachen der Schädigung einer Person. Damit können sie aber auch nicht die generelle Eignung einer anderen Ursache, den Schaden herbeizuführen, unterbrechen[1]. Die Frage nach der *generellen* Eignung einer Ursache, einen Schaden herbeizuführen, schliesst doch schon rein logisch die Rücksichtnahme auf die Besonderheit des Tatbestandes, d.h. auf andere Ursachen, die im konkreten Fall mitspielten, aus.

Wenn den Entlastungsgründen befreiende Wirkung zugeschrieben wird, so darf dies nur mit Gerechtigkeitserwägungen begründet werden[2]. Weil es gerecht erscheint, unter Umständen denjenigen den Schaden allein tragen zu lassen, dem ein grosser Vorwurf gemacht werden muss, wird ein nur leicht Verantwortlicher unter Umständen gänzlich entlastet. Die Adäquanztheorie und den Kausalzusammenhang hier als abgrenzendes Kriterium verwenden zu wollen, geht u.E. nicht an. Die Entlastung beruht ganz einfach auf der Frage: Was ist gerecht?

Dass höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden geeignet sind, bei genügender Intensität andere Verantwortlichkeitsgründe des gleichen Schadens ganz auszuschliessen, ist für uns insofern wesentlich, als dadurch auch die grundsätzlich bestehende Solidarschuldnerschaft mehrerer Mitverursacher dahinfallen kann[3]. In den Tatbeständen unechter Solidarität ist diese Berufung auf ein grobes Mitverschulden eines Dritten sehr häufig[4]. Die Einrede des Drittverschuldens zählt hingegen nicht bei Haftungstatbeständen gemäss Art. 50 OR, da diese Haftungsregel ein gemeinsames Vorgehen der Verantwortlichen ja geradezu voraussetzt.

3.2.1.2. Die Bedeutung der «Geringfügigkeit der Adäquanz» als Reduktionsgrund

Von einigen Autoren wird die Ansicht vertreten, dass, wenn das Selbst- bzw. das Drittverschulden nicht in derart grosser Intensität vorliege, dass von einem Entlastungsgrund gesprochen werden könnte, die Adäquanz bzw. der Kausal-

schwerwiegende Ursachen gesehen: Stark, Diss. S. 104, Bussy Ersatzkarte 912 N. 37ff; Yung S. 12 betrachtet die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges als Fiktion des Gesetzes. Vgl. auch Rusconi ZSR 82 (1963) S. 343.

[1] Vgl. dazu Walder ZBJV 104 S. 164 und 177.

[2] Vgl. Guhl Th., Untersuchungen, S. 66f, BGE *95* II 344 E. 7.

[3] BGE *64* II 307, *95* II 333, 344, Oftinger I S. 298, des Gouttes S. 100.

[4] Praktisch in allen Urteilen zur unechten Solidarität wird auf die «kausalzusammenhangsunterbrechende» Wirkung von Drittverschulden hingewiesen. BGE *93* II 322, *89* II 122 usw. Eine solche Aufhebung der Ganzhaftung wegen eines vorwiegenden Verschuldens eines Dritten wurde aber kaum je anerkannt. BGE *88* II 460.

zusammenhang der in Frage stehenden Ursachen doch wenigstens «*gelockert*» und daher eine Reduktion des Schadenersatzes angebracht sei[1].

Noch viel weniger als mit der Auffassung, die Entlastungsgründe vermöchten den Kausalzusammenhang zu unterbrechen, können wir uns damit befreunden, das Selbst- und eventuell das Drittverschulden vermöge den Kausalzusammenhang oder die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zu lockern, weshalb eine Reduktion der Ersatzpflicht eines Belangten angebracht sei[2]. Gehen wir vom haftungsbegründenden Kriterium der Adäquanz als der generellen Eignung einer Ursache aus, dann erscheint eine Abstufung des Begriffes der Adäquanz zum vorneherein nicht möglich, da dieser rechtlich relevante Kausalzusammenhang nur gegeben oder nicht gegeben sein kann; allerdings für einen grösseren oder kleineren Schadensbetrag[3]. Auch hier gilt u.E. der Satz, dass mit dem Selbst- bzw. dem Drittverschulden als der Qualifikation der Beziehung einer Person zu ihrem Verhalten die generelle Eignung einer Ursache, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, nicht beeinflusst werden kann[4].

Das schweizerische OR sieht die Abwägung der Kausalitätsbeiträge im Gegensatz zu § 254 des deutschen BGB nicht als Bemessungsgrundsatz vor[5]. Einzig die Bestimmung in Art. 43 I OR, nach welcher der Richter den Schadenersatz auch mit Rücksicht auf die «Umstände» zu bestimmen hat, liesse eine Berücksichtigung des Verursachungsbeitrages bei der Ersatzbemessung zu. Den «Umständen» wird aber in der massgeblichen Literatur im allgemeinen nicht eine so grosse Bedeutung zugemessen[6].

Wenn wenigstens das Selbstverschulden des Verletzten als Reduktions- und Herabsetzungsgrund anerkannt ist[7], so braucht auch das nicht mit dem sowieso umstrittenen Begriff der Kausalität gerechtfertigt zu werden. Die Berufung auf die Gerechtigkeit und die Billigkeit leistet hier bessere Dienste als das Bestreben, gewisse Tatbestände in ein juristisches Begriffsschema zu pressen.

Beinahe alle Autoren, die vom «gelockerten» Kausalzusammenhang, von geringer Adäquanz oder von Teiladäquanz sprechen, verweisen denn auch

[1] v. Büren S. 54ff, Bussy SJK Ersatzkarte 910 Note 38, BGE *36* II 24, *60* II 420, *61* II 90. v. Büren weist der Geringfügigkeit der Adäquanz grosse Bedeutung zu. Er sieht in allen andern Reduktionsgründen nur Ursachen, die geeignet sind, die Adäquanz eines Hauptkausalismus zu lockern, S. 54ff.

[2] Wir folgen darin Oftinger I S. 91.

[3] Oftinger I S. 91, Guhl Th., Untersuchungen, S. 97.

[4] Selbst- und Drittverschulden sind an sich gar nicht Ursachen der Schädigung einer Person. Auch muss nicht der Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Schaden geprüft werden. Hirsch Sem. jud. 1967 S. 262.

[5] Gemäss § 254 BGB hat der Richter bei Selbstverschulden des Verletzten den Schadenersatz nach der «vorwiegenden Verursachung» zu bemessen.

[6] Oftinger I S. 345ff; Guhl Th., Untersuchungen, S. 31, sieht darin wohl zu Recht nur eine Anweisung an den Richter, möglichst weitgehende Billigkeit walten zu lassen.

[7] Zur Bedeutung des Drittverschuldens als Bemessungsgrundsatz und Reduktionsgrund vergleiche unten Ziff. 3.3.1.1.

letztlich auf den Gerechtigkeitsgedanken. Mit der Bezugnahme auf die Adäquanz wird gefordert, dass der Richter aufgrund eines Werturteils den «adäquaten» Kausalablauf festzulegen und eine entsprechende Ersatzbemessung vorzunehmen habe. «Adäquat» erhält hier die Bedeutung von «angemessen», «gerecht» im Rahmen des ganzen Schadenstatbestandes[1].

3.2.1.3. Differenzierung der Ersatzbeträge nach den Verursachungsbeiträgen bei den Tatbeständen «gemeinsamer Kausalität»?

Wenn auch – wie oben ausgeführt wurde – das schweizerische OR eine Berücksichtigung der Kausalitätsbeiträge bei der Ersatzbemessung nicht vorsieht, so fragt sich doch, ob einem Verursacher ein über den adäquat verursachten Schaden hinausgehender Ersatzbetrag auferlegt werden dürfe, wie wir das für die Solidaritätstatbestände aus «gemeinsamer» Kausalität nachgewiesen haben[2]. Diese Frage gehört offensichtlich nicht ins Kapitel der Ersatzbemessung, sondern wäre bei den Voraussetzungen einer Haftung zu behandeln. Da sie in ihrer Wirkung aber dem Resultat der Ersatzbemessung weitgehend entspricht, wollen wir trotzdem in diesem Zusammenhang darauf eintreten.

Eine konsequente Anwendung der Adäquanztheorie müsste zu der durch v. Büren vertretenen Überschusshaftung[3] oder zur später zu erörternden Lösung Oftingers führen, welcher – allerdings über die Berücksichtigung nicht der Kausalitätsbeiträge, sondern der verschiedenen Verschuldensgrade der Verursacher – auch differenzierte Solidarhaftungsbeträge befürwortet[4].

[1] Keller A., Haftpflicht, S. 61ff (zur Teiladäquanz): «...kann man allgemein sagen, dass es darum gehe, in jedem Falle den Ursachen, die zu einem Schaden geführt haben (Verschulden, Betriebsgefahr, Zufall usw.) ihren Anteil zuzumessen. Hier das Angemessene, eben das Adäquate zu finden, ist Aufgabe und ist die Kunst.» Auch v. Büren S. 56, Keller R., Mitverschulden, S. 13f, Gilliard S. 266 oben.

[2] Vgl. dazu oben Ziff. 2.1.2.

[3] v. Büren versucht, die Unstimmigkeit zwischen dem adäquaten Kausalzusammenhang und der heute noch massgebenden Solidarhaftung als Ganzhaftung mit Hilfe der sogenannten Überschusshaftung auszumerzen. Ganzhaftung aller darf nach v. Büren nur dann eintreten, wenn eine individuelle Ersatzpflicht des Einzelnen in Höhe des vollen Schadens begründet sein würde. S. 65f. Der einzelne Ersatzpflichtige darf nicht schlechter behandelt werden, als wenn er einziger Verantwortlicher wäre. Bei Tatbeständen blosser Teilkausalität führt die gesetzliche Ganzhaftung zu unvertretbaren Härten. Um in diesen Fällen eine gerechte Haftungsregelung zu erhalten, darf nicht die Teilkausalität im Verein mit den übrigen Ursachen, d.h. mit der Gesamtkausalität, in Verbindung gebracht werden, da damit eine Ursache völlig falsch bewertet werden könnte. Nicht die konkrete Gesamtkausalität kann Grundlage sein, sondern der Haftungsanteil jedes Einzelnen ist durch Vergleichung seiner Teilverursachung mit einem abstrakten Kausalitätsmass zu bestimmen, das nach Rechtsgefühl und praktischer Anschauung zu ganzer Verurteilung führen muss. Die Verantwortlichkeit wäre damit individuell festlegbar, nicht im Sinne einer Aufteilung im Hinblick auf den Gesamtschaden, sondern einer Abstufung, die sich am Rechtsgefühl und an praktischer Anschauung orientiert. Zur Überschusshaftung v. Bürens vgl. ausführlicher unter Ziff. 3.3.1.3.

[4] Vgl. dazu unten Ziff. 3.3.1.1. Das Problem einer Differenzierung der Solidarhaftung im Sinne einer Berücksichtigung der effektiven Kausalitätsbeiträge wird in der Schweiz nicht diskutiert. In der Regel wird diesen Fragen mit dem Hinweis aus dem Weg gegangen, dass ja schon das Setzen einer Mitursache zur Begründung der vollen Schadenersatzpflicht genüge.

Es fragt sich aber, ob aus der Sicht des allgemeinen Schadenersatzrechtes eine solche Differenzierung nach Kausalitätsbeiträgen, welche den hergebrachten Solidaritätsbegriff zweifellos erheblich tangiert, überhaupt gerechtfertigt sein kann. Gerade bei den Tatbeständen gemeinsamer Kausalität wird nämlich die Frage nach den genauen Kausalitätsbeiträgen kaum je klar beantwortet werden können. Wenn ein rechnerisch bestimmbares Kriterium zur Aufteilung des Schadens fehlt, kann mit Hilfe der Adäquanztheorie höchstens festgestellt werden, dass eine Haftung in Höhe eines Teils des Gesamtschadens gerechtfertigt ist, wobei dieser Teil aber nur ganz approximativ angegeben werden kann. Dagegen hat der Verletzte und Gläubiger gegenüber jedem Verursacher den Kausalzusammenhang der von jedem zu vertretenden Ursachen mit einem genau bezifferten Schadensteilbetrag nachzuweisen. Auch und vor allem der Geschädigte bedarf in diesen Tatbeständen gemeinsamer Kausalität eines besonderen Schutzes. Oder soll er überhaupt leer ausgehen, wenn es ihm nicht gelingt, diesen Kausalzusammenhang mit seinem ziffernmässig bestimmten Schaden oder Schadensanteil rechtsgenüglich nachzuweisen? Die Solidarität als Ganzhaftung aller Verursacher entspricht hier absolut Recht und Billigkeit.

3.2.2. Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs bei den Solidaritätstatbeständen nach Art. 759 OR

3.2.2.1. Die Bedeutung der Voraussetzung der *Verantwortlichkeit mehrerer Personen für denselben Schaden*

Art. 759 OR macht die Solidarhaftung der mehreren aus Aktienrecht verantwortlichen Personen von der Verursachung desselben Schadens abhängig. Ein neues haftungsbegründendes Kriterium lässt sich aus dieser Formel nicht ableiten. Unseres Erachtens wird damit nichts anderes gefordert als ein rechtserheblicher, d. h. ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Handlung jedes Verantwortlichen und dem vom Geschädigten geltend gemachten Schaden. Damit kommen wir zum Kernproblem der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mehrerer Personen. In der Regel wird es schwierig sein, in einem Verfahren gegen den Verwaltungsrat die Direktion und die Kontrollstelle die genauen Kausalitätsbeiträge aller zu bestimmen. Meist wird es so sein, dass nur durch unbewusstes Zusammenwirken all dieser Gremien, höchstens durch bewusste Fahrlässigkeit aller, ein grosser Schaden entstehen konnte. Auch hier liegen also in der Regel Tatbestände gemeinsamer Kausalität vor. In allen Fällen, in denen eine Person wegen ihres Wissens eindeutig als hauptverantwortlich bezeichnet werden muss[1],

v. Tuhr/Siegwart I S. 85 und 395, v. Wattenwyl S. 138ff, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 1.

[1] BGE *90* II 490, *65* II 2 (auch Pra 28 Nr. 57 und SAG 11 S. 159), *59* II 434.

wird die Bejahung der Adäquanz zwischen einer unbedeutenden Unterlassung anderer Verwaltungsrats- oder Kontrollstellmitglieder und dem grossen Schaden als ungerecht erscheinen. Dagegen wäre die Adäquanz für einen Teil des Schadenbetrages ohne weiteres zu bejahen. Ein eindrückliches Beispiel dazu findet sich in BGE *93* II 29[1], in welchem zur Verantwortlichkeit einer Kontrollstelle und insbesondere zum adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem Schaden ausgeführt wird:

«Dass die erörterten Pflichtverletzungen der Beklagten allgemein geeignet waren, *zur Vergrösserung* des Schadens beizutragen, liegt auf der Hand.»

Trotz dieser Feststellung wurde Adäquanz des Kausalzusammenhanges mit dem ganzen entstandenen Schaden angenommen[2].

Die Unterstellung auch dieser Tatbestände unter das solidarische Ganzhaftungsprinzip scheint uns gleichwohl Recht und Billigkeit zu entsprechen. Für den Verletzten wäre es nämlich auch hier praktisch unmöglich, den Kausalzusammenhang mit einem ziffernmässig genauen Schadensteilbetrag nachzuweisen. Sollen aber Personen, die eindeutig an der Verursachung eines Schadens beteiligt waren, von diesem Beweisnotstand des Geschädigten profitieren dürfen[3]?

3.2.2.2. Die geringe Bedeutung der Entlastungsgründe

Es fällt auf, dass die oben erwähnten Entlastungsgründe: Grobes Selbstverschulden, grobes Drittverschulden und höhere Gewalt, in den seltenen Verantwortlichkeitstatbeständen, die zur Entscheidung vor die Gerichte kommen, praktisch keine Rolle spielen[4]. Es ist aber nicht einzusehen, warum eine Berufung darauf im Verantwortlichkeitsrecht der AG nicht möglich sein sollte. Oftinger[5] betont, dass die Entlastungsgründe nicht bloss in den Spezialhaft-

[1] Ähnlich BGE *86* II 171.

[2] Die Praxis behilft sich damit, dass sie von einem recht weitgefassten Kausalitätsbegriff ausgeht (BGE *59* II 451, *76* II 319). Der adäquate Kausalzusammenhang kommt dabei dem «natürlichen» Kausalzusammenhang oft bedenklich nahe.

[3] Etwas anders liegen dagegen jene Tatbestände, in denen bestimmte Personen nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, bzw. von einem bestimmten Moment an, bei der Verursachung eines Schadens mitwirkten. Zu Recht hat die 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 16. Dezember 1958 in Sachen P. AG gegen B. und 5 Mitbeklagte einen Belangten wegen seines vorzeitigen Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat zu einer geringeren Ersatzleistung verurteilt. (zit. bei Meier-Wehrli S. 43ff). Bei der Abklärung der Verursachungsbeiträge bildet die Zeit ein messbares Abgrenzungskriterium. Wenn daraus abgeleitet wird, dieser privilegierte Beklagte hafte nur in Höhe seines geringeren Ersatzbetrages mit den übrigen solidarisch, so muss die dadurch entstandene Differenzierung des Solidaritätsbetrages anerkannt werden. Hier liegt eine Ausnahme vom herkömmlichen Solidaritätsgrundsatz der Haftung aller Verursacher für den ganzen Schaden vor.

[4] Nur im Zusammenhang mit Tatbeständen, in denen eine eigentliche *Einwilligung* der geschädigten und klagenden Partei vorliegt, wird etwa darauf hingewiesen, dieses Verhalten habe den Kausalzusammenhang mit dem Schaden unterbrochen, ZBJV 95 S. 117, im gleichen Sinne auch SAG 17 S. 231f.

[5] Oftinger I S. 100. Eine Berücksichtigung der Entlastungsgründe im Verantwortlichkeitsrecht würden wir wiederum nicht wegen ihrer kausalzusammenhangsunterbrechenden Wirkung, sondern aus Gerechtigkeitserwägungen (vgl. oben Ziff. 3.2.1.1.) befürworten.

pflichtgesetzen, sondern allgemein, auch bei der Verschuldenshaftung von Bedeutung sind. Vor allem in jenen umstrittenen Fällen, in denen neben vorsätzlich handelnden Personen anderen nur ein leichter Vorwurf wegen Nachlässigkeit bei der Überwachung gemacht werden kann, würde sich eine Haftungsbefreiung auf diesem Wege eher rechtfertigen als über eine zweifelhafte Verneinung jeglichen Verschuldens. Dass strengere Massstäbe anzulegen wären, ergibt sich aus der im ganzen Verantwortlichkeitsrecht geltenden erhöhten Sorgfaltspflicht.

3.3. *Das Verschulden als Differenzierungsfaktor*

3.3.1. Die Bedeutung einer Berücksichtigung des Verschuldensmasses der verschiedenen Verursacher für den Solidaritätsgrundsatz

3.3.1.1. Anwendung von Art. 43 I OR in den Solidaritätstatbeständen des allgemeinen Schadenersatzrechts

Die Missachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zwischen Verschulden und Schadenersatz bei den Tatbeständen solidarischer Haftung[1] ist in der Literatur keineswegs unbestritten. Einmal ist auf Oser/Schönenberger hinzuweisen, welche die Ansicht vertreten, dass wenigstens bei den Tatbeständen unechter Solidarität das verschieden grosse Verschulden jedes Verursachers berücksichtigt werden müsse[2]. Dagegen vertritt v. Wattenwyl die Ansicht, Art. 43 I OR müsse in den Tatbeständen echter Solidarität angewendet werden[3]. Oftinger, der die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität grundsätzlich ablehnt[4], fordert die Anwendung von Art. 43 I OR für alle Solidarschuldverhältnisse wenigstens im Bereich der ausserkontraktlichen Haftung[5]. v. Büren berücksichtigt die Schwere des Verschuldens jedes Verursachers – wie die Teiladäquanz – im Rahmen seiner besonderen, abgestuften Überschusshaftung, von der wir bereits gesprochen haben[6].

Seit geraumer Zeit lässt aber auch das Bundesgericht Art. 43 I OR nicht mehr in allen Solidaritätstatbeständen unberücksichtigt. In BGE *55* II 314 wurde erklärt[7]:

«Dans le cadre de l'art. 51 CO on ne peut refuser à chaque participant le droit de se prévaloir à l'encontre du lésé du fait, que sa faute est plus légère que celle des autres défendeurs.»

[1] Vgl. oben Ziff. 2.2.
[2] Oser/Schönenberger, Komm. Art. 50 N. 1, dagegen Art. 50 N. 2 für echte Solidarität.
[3] v. Wattenwyl S. 139ff.
[4] Oftinger I S. 296f.
[5] Oftinger I S. 82, S. 250f, auch S. 302.
[6] Vgl. oben Ziff. 3.2.1.3.
[7] Vgl. oben I Ziff. 2.3.3.2.

Damit war allerdings ein Satz ausgesprochen, der nicht der wirklichen Auffassung des Gerichtes entsprach[1] und der in der Praxis auch nie mehr in so absoluter Form wiederkehrte. In zahlreichen Urteilen hat das Bundesgericht diesen Gedanken aber in abgeschwächter und verklausulierter Form zur Anwendung gebracht, wobei es jedoch seltsamerweise an das sonst als Reduktionsgrund ausgeschlossene Drittverschulden anzuknüpfen scheint[2].

Im Jahre 1933 führte es zu einem Tatbestand unechter Solidarität aus[3]:

«Le Tribunal de La Chaux-de-Fonds en conclut que ce dommage doit se partager d'emblée entre les auteurs en proportion de leur responsabilité non seulement dans le rapport interne (recours de l'un contre l'autre, art. 51 CO) mais aussi à l'égard du lésé. Cette manière de voir n'est pas en harmonie avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, car le principe ainsi posé est trop absolue. Le demandeur a le choix; il peut attaquer l'une ou l'autre ou l'une ou l'autre des personnes responsables du dommage, et en principe celui qu'il actionne ne peut se libérer ni même diminuer sa responsabilité en imputant une faute concurrente.

Appliquer trop rigoureusement cette règle pourrait aboutir toutefois à des injustices et conduire à une condamnation trop dure du défendeur qui est recherché seul. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il apporté deux exceptions à ce principe. L'arrêt Metein c. Pélissier du 14.2.1915 (41 II 228) permet au défendeur d'exciper de la faute du tiers:

a) lorsque la responsabilité du défendeur dérive d'une faute commise par lui, et que la gravité de cette faute se trouve attenuée à raison de la faute concurrente du tiers; dans ce cas la règle de l'art. 43 I CO trouve application;

b) lorsque la faute du tiers est telle qu'elle interrompt la relation de causalité entre l'acte du défendeur et le dommage, si bien que l'acte n'apparait plus comme la cause adéquate du dommage.»

Diese zwei unter a) und b) aufgezählten Ausnahmefälle wurden durch das Bundesgericht bis heute in zahlreichen Urteilen bestätigt[4]. Während wir für den Tatbestand b) (Unterbrechung des Kausalzusammenhanges) auf unsere Ausführungen zu den Entlastungsgründen verweisen können, interessiert hier die in a) erwähnte sogenannte «*Verschuldenskonnexität*». Nach der Rechtsprechung ist eine Reduktion der Ersatzpflicht eines Verursachers dann möglich, wenn durch das Verschulden eines Dritten das eigene Verschulden als gemildert erscheint.

[1] Vgl. immerhin schon die Urteile BGE *36* II 18, zum aOR, das keine Parallelbestimmung zu Art. 51 rev. OR kannte. BGE *50* II 186, *75* II 35, missverständlich BGE *80* II 353, *61* II 85.

[2] Beinahe einhellig vertreten Literatur und Praxis die Auffassung, das Drittverschulden stelle keinen Reduktionsgrund dar. Oftinger I 82, Keller A., Haftpflicht, S. 99, Bussy SJK Ersatzkarte 911 N. 7, BGE *66* II 118, auch BGE *56* II 401, *59* II 364, 458, *60* II 155, *61* II 155, *71* I 54, *89* II 122, *93* II 322, Sem. jud. 83 S. 262, ZR 1967 Nr. 107.
A. A. v. Büren S. 66ff, des Gouttes S. 101.

[3] BGE *59* II 364.

[4] Vgl. etwa die Urteile in BGE *93* II 322, *89* II 122, 248, *66* II 118, *62* II 310, *61* II 85, *60* II 155, *59* II 458, 43, *56* II 401, *55* II 88, *41* II 228.

Die Formel des Bundesgerichtes dient nicht der Klarheit und führt zu einer eigenartigen Verwischung der Grenzen zwischen eigenem und Drittverschulden. Während das Bundesgericht in dieser Verschuldenskonnexität offenbar eine Ausnahme vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit des Drittverschuldens sieht, ist wohl eher OFTINGER zu folgen, der dazu ausführt (I S. 82 und 250):

«Diese sogenannte Verschuldenskonnexität ist nur scheinbar eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtberücksichtigung des Drittverschuldens: da infolge des Drittverschuldens das Verschulden des Haftpflichtigen als geringer gewertet wird, kann schon gestützt auf Art. 43 I OR, d.h. gemäss dem Prinzip der Proportionalität zwischen Grösse des Verschuldens und Höhe des Schadenersatzes, eine Reduktion erfolgen[1].»

Das Bundesgericht lässt aber die Einrede der Verschuldenskonnexität nur für die Tatbestände der unechten Solidarität zu und geht dabei von Billigkeitserwägungen aus[2,3].

Welche Rechtsfolgen hätte eine Anwendung von Art. 43 I OR im Aussenverhältnis für die Ersatzpflicht des einzelnen Verantwortlichen? Auch darüber sind die Ansichten geteilt. Nach v. WATTENWYL hätte sie zur Folge, dass jeder Verantwortliche zu einer reduzierten Ersatzquote verurteilt wird. Bis zur Summe dieser Quotenbeträge soll unter den Verantwortlichen Solidarität als Gesamthaftung aller bestehen[4]. Zu einer andern Lösung gelangt OFTINGER. Nach ihm besteht Solidarität überhaupt nur im Umfang des Ganzen *von allen*

[1] Auf Art. 43 I OR weist übrigens auch das Bundesgericht im eben zit. Entscheid BGE *59* II 364 hin:

«Le défendeur est d'ailleurs fondé à invoquer d'une façon générale la règle de l'art. 43 selon laquelle l'étendue de la réparation se détermine d'après les circonstances et la gravité de la faute. L'arrêt du 23.11.1927 dans la cause D. c. B. (*53* II 430) rappelle qu'un certain équilibre doit être établi entre la faute et l'obligation de réparer le préjudice. Lorsqu'une simple imprudence a pour résultat un dommage extraordinairement important, le juge doit réduire les dommages-intérêts dans une mesure équitable.»

Ähnlich auch BGE *80* II 353.

[2] So wurde der Grundsatz in BGE *79* II 69 (Körperverletzung bei einer Sportveranstaltung) überhaupt nicht erwähnt, da alle ins Recht gefassten Personen als echt solidarisch haftbar erklärt wurden. Auch BGE *64* II 307, *57* II 35, *62* II 310, *59* II 364, OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. Art. 50 N. 1f.

[3] Weiter hat der Tatbestand der Verschuldenskonnexität dort keinen Platz, wo das Verschulden des Dritten mit einer reinen Kausalhaftung des Belangten kollidiert. BGE *60* II 155, *55* II 88:

«Le principe suivant lequel chacun des auteurs répond de la totalité du dommage ne souffre exception que lorsque la responsabilité du défendeurs dérive d'une *faute*, et que la gravité de cette faute est atténuée par celle d'un tiers (art. 43 I CO).»

Einen Einbruch in das Prinzip, dass das Drittverschulden bei Kausalhaftungstatbeständen überhaupt keine Rolle spielt, bildete Art. 37 II und III MFG. Obschon diese Bestimmung im SVG beseitigt wurde, findet sich auch im SVG eine regelwidrige Norm (Art. 60 III). Vgl. dazu unten.

[4] v. WATTENWYL S. 140f Fussnote 12. Diese Lösung soll wenigstens für die Tatbestände echter Solidarität Art. 50 OR gelten. Der Frage, wieweit Solidarität in den Fällen von OR 51 bei einer Anwendung von Art. 43 Abs. 1 OR besteht, geht v. WATTENWYL aus dem Weg: «Ob die Klagkonkurrenz (des Art. 51 OR) eine Solidarschuld begründet, ist eine doktrinäre Frage, deren Beantwortung über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht», S. 141. Die Erwägungen v. WATTENWYLS können daher für uns auch nicht unbedingt massgebend sein.

geschuldeten Schadenersatzbetrages. Für einen Verantwortlichen und mit ihm besteht Solidarität nur in der Höhe des von ihm persönlich geschuldeten Betrages.

«Erfährt der von dem einen der Ersatzpflichtigen geforderte Betrag eine nur ihn betreffende Reduktion (z.B. wegen leichten Verschuldens, OR 43 I), so besteht für ihn und mit ihm Solidarität nur in Höhe des von ihm persönlich geschuldeten Betrages[1].»

Die Meinung ist wohl die, dass die Anwendung von Art. 43 I OR für jeden Verantwortlichen gesondert zu geschehen habe. Das Verschulden jedes Einzelnen darf also nicht in Relation zum Gesamtverschulden (Summe aller Verschulden) gesehen werden – eine solche Betrachtungsweise müsste zu einer Aufteilung des Schadens nach Verschuldensquoten führen –, sondern immer nur in Relation zum totalen Schaden. Für einen jeden wäre auszugehen von einer grundsätzlichen Haftung für 100% (ganzer Schaden). Die Folge wäre – ähnlich wie bei den Tatbeständen gemeinsamer Kausalität –[2] nicht die Aufteilung, sondern eine *Abstufung der Ersatzbeträge* unter den Solidarschuldnern. Wenn z.B. ein Schaden von Fr. 10000.– verursacht wurde und dabei die Verantwortlichkeit eines haftbaren A gemäss Art. 43 I OR um ½, diejenige eines weiteren B um ¼ reduziert wird, während auf C Art. 43 I OR wegen groben Verschuldens keine Anwendung finden kann, so bestünde Solidarität unter den dreien bloss bis zum Betrage von Fr. 5000.–. Im Verhältnis zwischen B und C dagegen für Fr. 7500.–[3].

Diese «reduzierte» Solidarität müsste sich konsequenterweise auch bei der Anwendung des Grundsatzes der Verschuldenskonnexität ergeben, wenn in diesen Tatbeständen überhaupt noch von Solidarhaftung die Rede sein soll. Das Bundesgericht hat sich in den ganz vereinzelten Fällen, wo die Verschuldenskonnexität überhaupt berücksichtigt wurde, nicht dazu ausgesprochen[4]. Nur in einem strassenverkehrsrechtlichen Fall, der unter der Herrschaft von Art. 37 MFG entschieden wurde, äusserte sich das Gericht:

«Gibt die Verschuldenskonnexität dort (im gemeinen Recht) Anlass, die unechte Solidarität *einzuschränken*, ...» (BGE *64* II 306).

Der Verweis auf die Regelung des MFG ist deshalb nicht abwegig, da Art. 37 II/III MFG eine haftungsmildernde Berücksichtigung des Drittver-

[1] Oftinger I S. 302 f, II/2. S. 660, 663 Fussnote 884, S. 662 Fussnote 880a.

[2] Wir haben schon bei der Besprechung der Tatbestände gemeinsamer Kausalität (Ziff. 3.2.1.3.) auf die Überschusshaftung v. Bürens, die auf dieser Abstufung der Ersatzbeträge beruht, und auf die Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge bei Oftinger hingewiesen.

[3] Oftinger I S. 298/299 Fussnote 26, vgl. dazu unten Ziff. 3.3.1.3.

[4] Nur in zwei Fällen wurde bis jetzt die Milderung des eigenen Verschuldens durch ein Drittverschulden anerkannt: BGE *59* II 43, *59* II 369f.

schuldens bei Verantwortlichkeit Mehrerer vorsah und daher auch die Möglichkeit differenzierter Haftungsbeträge der Verantwortlichen bereits im Aussenverhältnis anerkannte[1]. Obschon das SVG das Drittverschulden in keiner Weise mehr berücksichtigt, führt die neue Regelung von Art. 60 III SVG bei subjektiver Konkurrenz von Kausal- und Verschuldenshaftung ebenfalls zu einer «reduzierten» Solidarität, wenn den aus Verschulden Verantwortlichen bloss anteilsmässige Haftung treffen soll[2]. Auch für einen Tatbestand echter (gesetzlicher) Solidarität ist damit eine Differenzierung der Haftungsbeträge angeordnet[3].

3.3.1.2. Die Lehre einer «differenzierten» Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG; Anwendbarkeit von Art. 43 I OR auf Verantwortlichkeitstatbestände gemäss Art. 759 OR?

Eine ganze Anzahl von Autoren haben sich in den letzten Jahren mit der Frage des Umfanges der Ersatzpflicht bei Solidarhaftung von Verwaltungsratsmitgliedern befasst und insbesondere zum Problem der Anwendung der Reduktionsgründe des allgemeinen Schadenersatzrechtes (Art. 43 und 44 OR) Stellung genommen[4]. Wie wir bereits festgestellt haben, lässt sich die Anwendbarkeit von Art. 43 und 44 OR auf das vertragliche (oder wenigstens vertragsähnliche) Rechtsverhältnis zwischen Organträger und Gesellschaft bzw. auf die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen aus Art. 99 III OR ableiten.

Die meisten dieser Autoren vertreten die Ansicht, unter Anwendung von Art. 43 I OR seien die verschiedenen Verschuldensgrade schon im Aussenverhältnis aus Billigkeitsgründen zu berücksichtigen[5]. Sie lehnen sich dabei stark an die von Oftinger vertretene Theorie der unbeschränkten Anwendbarkeit von Art. 43 I OR für sämtliche Haftpflichtrechtstatbestände an; Solidarhaftung soll für und mit jedem Schuldner nur in Höhe des von ihm persönlich geschuldeten Betrages bestehen[6]. Zudem wird auf die bundesgerichtliche Judikatur zur Verschuldenskonnexität hingewiesen, die bereits einen Schritt der Praxis in dieser Richtung darstelle. Häufig wird ein Präjudiz aus dem Jahre 1933 zitiert, wo das Bundesgericht die Frage der Berücksichtigung der Verschuldenskonnexität

[1] Oftinger entwickelt die «reduzierte» bzw. «differenzierte» Solidarität am Beispiel von Art. 37 II/III MFG. Oftinger I S. 298 f Fussnote 26, Bussy SJK Karte 911a N. 14, Strebel, Komm. Art. 37 MFG N. 154, 163, 266.

[2] Bussy Ersatzkarte 915 N. 25ff, insbes. N. 29, Oftinger II/2 S. 663, Yung S. 28, Stark, Probleme, S. 46 Fussnote 85.

[3] Bussy Ersatzkarte 915 N. 29, Gilliard S. 259.

[4] Bürgi, Probleme, S. 37ff, Reichwein SJZ 64 (1968) S. 129ff, Meier-Wehrli S. 45ff, Hirsch Sem. jud. 1967 S. 267, neuestens Bär in ZBJV 106 S. 457ff, früher aber schon Henggeler S. 57ff, Kaeslin S. 47ff.

[5] Bürgi, Probleme, S. 37ff, Hirsch Sem. jud. 1967 S. 267ff, Meier-Wehrli S. 45ff, Henggeler S. 57, Kaeslin S. 47, Bär in ZBJV 106 S. 457ff. A. A. Reichwein SJZ 64 S. 129.

[6] Bürgi, Probleme, S. 39, Meier-Wehrli S. 47.

bei einem Tatbestand der Verantwortlichkeit mehrerer Gründer prüfte[1]. Das Bundesgericht lehnte damals eine Haftungsreduktion im Aussenverhältnis ab. Das Urteil wurde aber verschiedentlich kritisiert[2].

3.3.1.3. Kritische Würdigung

Der Forderung nach Berücksichtigung von Art. 43 I OR auch im Aussenverhältnis – so einleuchtend sie mit dem Grundsatz der Proportionalität zwischen Schuld und Schadenersatzpflicht begründet werden kann – wurde in neuester Zeit entgegengehalten, sie brächte das bewährte Prinzip der Solidarhaftung ins Wanken. So bemerkt GILLIARD zu BGE *89* II 118, einem Tatbestand, in welchem auf die Verschuldenskonnexität hingewiesen wurde:

«Cet arrêt nous laisse perplexe. S'il faut examiner dans chaque cas, qui a commis la faute la plus grave, on ne voit pas très bien, ce qui devient le principe selon lequel chaque personne répond envers le lésé de la totalité du dommage...»

«...à notre avis les arrêts attribuant une partie différente à la faute concurrente d'un tiers selon qu'il y a solidarité parfaite ou imparfaite sont mal fondés. C'est seulement dans les cadres des actions recursoires qu'il faut comparer la gravité des fautes commises par les responsables[3].»

REICHWEIN schreibt zur Berücksichtigung individueller Reduktionsgründe, vor allem zu jener von Art. 43 I OR im Aussenverhältnis:

«Die individuelle Anrufung gewisser Herabsetzungsgründe durch jeden Verantwortlichen würde zu einem wesensfremden Einbruch in das Prinzip der Solidarhaftung führen, was weder ihrer Natur entspräche, noch auch im Sinne der allgemeinen Haftungsbestimmungen läge[4].»

Vor allem im Zusammenhang mit den erwähnten Bestimmungen des MFG und des SVG wird die Berücksichtigung persönlicher Reduktionsgründe als dem Grundsatz der Solidarität zuwiderlaufend kritisiert[5].

[1] BGE *59* II 459. Die Frage der Berücksichtigung stellte sich deshalb, weil nach altem OR die Solidarhaftung der Gründer noch nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen war und daher nach den Grundsätzen von Art. 50 bzw. 51 OR beurteilt wurde, je nachdem, ob ein gemeinsames Verschulden vorlag oder nicht. Die Anwendbarkeit der Veschuldenskonnexität wäre unter dem heutigen Recht schon deshalb nicht möglich, weil Art. 759 OR auch für mehrere Gründer eine *echte* gesetzliche Solidarhaftung begründet, das Bundesgericht diese Einrede aber höchstens bei Tatbeständen unechter Solidarität zulässt (vgl. Ziff. 3.3.1.1.). An der Tatsache, dass Art. 759 rev. OR auch für Gründer eine echte Solidarhaftung vorschreibt, vermag auch das Urteil BGE *76* II 320, welches die Formel über die echte bzw. unechte Solidarität mehrerer Gründer einfach aus BGE *59* II 458/59 für das neue Recht übernimmt, nichts zu ändern.

[2] BÜRGI, Probleme, S. 37, HENGGELER S. 57ff.

[3] GILLIARD S. 265.

[4] REICHWEIN SJZ 64 S. 130.

[5] Betreffend die Regelung in Art. 37 MFG vgl. BUSSY SJK Karte 911a N. 14, YUNG S. 15, DES GOUTTES S. 103ff. Betreffend SVG: STARK, Probleme, S. 47 Fussnote 88, S. 63: «...ein genereller Verzicht auf die Idee der Solidarität mehrerer Haftpflichtiger zugunsten des nur aus Verschulden Verantwortlichen erscheint nicht als angezeigt.» YUNG S. 28, GILLIARD S. 260. Vgl. aber schon die Botschaft und die Ansicht der Berichterstatter im Nationalrat, welche in

Es steht fest, dass die Anwendung des Proportionalitätsgrundsatzes von Art. 43 I OR im Solidarschuldverhältnis eine besondere Belastung des Geschädigten und eine einseitige Begünstigung der Verursacher zur Folge hätte, indem diese aus der Tatsache, dass sie nicht allein haftbar sind, Vorteile ziehen würden[1]. Betrachten wir das folgende einfache Beispiel:

Es sei ein Schaden von Fr. 10000.– durch A und B verursacht worden. A ist im Aussenverhältnis in Anwendung von Art. 43 I OR für Fr. 7500.– haftbar, B sogar nur für 5000.–.

Solidarität bestünde nach OFTINGER[2] im Betrage von Fr. 5000.–. Wird A zuerst belangt, und zahlt dieser seine Fr. 7500.–, so stellt sich sofort die Frage, ob B für die restlichen Fr. 2500.– (Fr. 10000.– abzüglich Fr. 7500.–) noch belangbar ist. v. WATTENWYL bejaht offenbar diese Frage, wenigstens in den Fällen von Art. 51 OR[3]. Dagegen leitet v. BÜREN richtigerweise aus dem Grundsatz der Solidarhaftung ab, dass die ganze gemeinsame Schuld (in unserem Falle Fr. 5000.–) durch A gedeckt sei, dass B also dem Geschädigten nichts mehr zu bezahlen habe[4].

Die den Gläubiger stark benachteiligende Wirkung einer so verstandenen Solidarhaftung zeigt sich noch besser, wenn wir unser Beispiel ein wenig abwandeln:

Nehmen wir an, dass der erstbelangte A nicht Fr. 7500.–, sondern bloss Fr. 5000.– zu bezahlen vermag. Auch hier wäre B von jeglicher Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger befreit. Dieser müsste für die restlichen Fr. 5000.– selber aufkommen.

Wir erkennen, dass wir dem Problem des Umfanges der Ersatzpflicht des leicht schuldhaften Schädigers im Solidarschuldverhältnis mit dem Grundsatz des Gleichgewichtes zwischen Verschulden und Schadenersatz allein nicht beizukommen vermögen. Der Frage, ob die Ersatzpflicht eines Schädigers nach seinem Verschuldensanteil zu bestimmen sei, steht das ebenfalls grundsätzliche Problem gegenüber, wieviel der Geschädigte letztlich von seinem Schaden ersetzt erhalten soll. Die vom Gesetz angeordnete Solidarhaftung löst diesen Interessengegensatz in ebenso extremer, den Gläubiger bevorzugender Weise, wie die ausschliessliche Rücksichtnahme auf den Verschuldensanteil des einzelnen Schädigers nur den Interessen dieses Schädigers Rechnung trägt. Bestimmt wäre dem Geschädigten auch dann noch gedient, wenn er nicht von allen

Art. 60 III SVG einen Widerspruch zum Solidaritätsprinzip sahen. Botschaft 1955 zum SVG S. 47, Sten. Bull. NR 1957 S. 231, SCHLEGEL in SZS 1959 S. 91, BADERTSCHER/SCHLEGEL, Handkomm. zum SVG Art. 60 III.

[1] HARTMANN A. S. 33.

[2] OFTINGER I S. 298 Fussnote 26, 302 f, II/2 S. 660, 662 Fussnote 880a, 663 Fussnote 884.

[3] v. WATTENWYL S. 142 Fussnote 14.

[4] v. BÜREN S. 105 Fussnote 49. Diese Folgerung ist konsequent. Die Solidarität ist ja gerade dadurch charakterisiert, dass alle Schuldner «für das Ganze» haften, durch die Bezahlung des einen aber auch gegenüber dem Gläubiger gesamthaft befreit sind. OFTINGER I S. 303, auch S. 298/299 Fussnote 26, v. TUHR/SIEGWART II S. 744 Fussnote 13.

Schädigern 100% seines Schadensbetrages verlangen könnte, sondern zum Beispiel von drei Schädigern A, B, C abgestuft 100%, 60% und 20%. Dies setzt aber voraus, dass jeder Schädiger so lange zu leisten hat, bis der Gläubiger voll befriedigt ist; oder anders gesagt, dass B und C noch nicht befreit sind, wenn A 60% des Schadens beglichen hat[1]. Diese schwächere Überschussschuld ist aber im schweizerischen Recht nicht anerkannt. Eine Umdeutung der Solidarhaftung in diese schwächere Form der Überschusshaftung ist nicht möglich, ohne dem Prinzip der Solidarität Gewalt anzutun. Unseres Erachtens schliesst die Solidarhaftung einen Kompromiss in Richtung einer Berücksichtigung des persönlichen Verschuldensbeitrages aus. Demgemäss fragt es sich nur, ob die Ganzhaftung aller Verursacher den Geschädigten in geradezu unbilliger Weise bevorteilt und durch die Nichtberücksichtigung des persönlichen Verschuldensbeitrages sogar den Grundsätzen unseres Schadenersatzrechtes widerspricht. Dazu ist zu bemerken, dass sich der Schadenersatz im Zivilrecht primär nach der Lage des Verletzten zu richten hat. Dem Proportionalitätsgrundsatz zwischen Verschulden und Sanktion, wie er im Strafrecht gilt, kommt im zivilen Schadenersatzrecht nicht die gleiche Bedeutung zu[2], geht es doch im zivilen Schadenersatzrecht um das konkrete Interesse einer Person, wer den ihr zugefügten Schaden tragen muss. Wohl darf die Position des einen oder der mehreren Verursacher nicht gänzlich ausser acht gelassen werden. Dass aber der Geschädigte möglichst viel von seinem erlittenen Schaden ersetzt erhalten soll, ist ein legitimer Anspruch. Die Interessen der Schädiger haben dabei zurückzutreten.

Die gesetzliche Solidarhaftung schliesst die Berücksichtigung der unterschiedlichen Verschuldensbeiträge der Schädiger nicht aus. Vielmehr kommt der einzelne Schädiger auf dem Wege des Regresses doch noch zur verdienten Reduktion. Gerade die dem *einzigen* Schädiger fehlende Regressmöglichkeit lässt ja auch die Berücksichtigung des Verschuldensgrades *und der Umstände* für ihn gegenüber dem Gläubiger billig und angezeigt erscheinen.

Dass durch die volle Ersatzpflicht aller das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der übrigen Verursacher auf dem solventen Schädiger lastet, widerspricht ebenfalls nicht unserem Schadensersatzrecht. Aus dem Gesetz lässt sich nicht ableiten, dass immer nur der Geschädigte dieses Risiko tragen muss. Wo dem Geschädigten bloss *ein* zahlungsfähiger Schädiger gegenübersteht, ist es gar nicht anders lösbar, als dass er die Mittellosigkeit dieses Schädigers vertritt. Dagegen ist nicht einzusehen, warum dies auch bei einer Mehrzahl von Schädigern gelten muss. Sicher trifft diese Regelung jenen Verursacher hart, welcher

[1] Dies ist die durch v. Büren entwickelte sogenannte «andere Überschusshaftung». v. Büren S. 105.

[2] Vgl. v. Tuhr/Siegwart I S. 96, 365, 373, Oser/Schönenberger, Komm. Art. 43 N. 2, Guhl Th., Untersuchungen, S. 44ff.

als einziger unter mehreren Schädigern zu zahlen vermag. Sie trifft ihn aber nicht schwerer, als sie den Geschädigten treffen würde, wenn dieser – bei Anerkennung differenzierter Solidarhaftungsbeträge – das Risiko der Zahlungsunfähigkeit tragen müsste.

In diesem Zusammenhang stellt sich die weitere Frage, ob die Berücksichtigung der Verschuldensfrage im Aussenverhältnis noch einen Regress unter den Solidarschuldnern zulässt. Die Bejahung dieser Frage würde die Schädiger noch weiter bevorteilen. Schliesst aber eine Differenzierung der Haftungsbeträge im Aussenverhältnis einen Regress nicht gerade aus?

Ein Blick auf die Literatur zu den schon mehrmals erwähnten Spezialbestimmungen des MFG (Art. 37 II/III) und des SVG (Art. 60 III) mag hier aufschlussreich sein. HARTMANN schreibt zur teilweisen Befreiung eines haftpflichtigen Halters durch das Verschulden eines Dritten (Art. 37 II/III MFG)[1]:

«Es ist nun leicht einzusehen, dass bei dieser Ordnung der Halterhaftpflicht kein Raum für ein Regressrecht des Halters mehr bleibt. Die endgültige Verteilung der Schadenstragung wird im Gegensatz zur ganzen übrigen Haftpflichtordnung vom internen Verhältnis der mehreren Haftpflichtigen auf das externe Verhältnis verschoben. Die Haftung des Halters wird stets auf den ihm endgültig zu überbindenden Teil des Schadenersatzes beschränkt bleiben.»

Die gleiche Auffassung vertritt STREBEL[2]:

«Wird ein grundsätzlich haftender Halter wegen Verschuldens eines Nichthalters nur teilweise ‚befreit', so stellt sich für ihn keine Regressfrage; denn soweit er von der Ersatzpflicht befreit ist, muss die Klage des Geschädigten gegen ihn abgewiesen werden, und soweit er trotz des Verschuldens eines Dritten dem Geschädigten haftet, ist seine Verpflichtung eine endgültige.»

Umgekehrt bejaht aber STREBEL bei primärer Belangung des aus Verschulden Haftpflichtigen einen Regress:

«Hat der Geschädigte nicht den Halter, sondern den Dritten aufgrund seiner Verschuldenshaftung belangt, so ist dieser (soweit nicht obligationenrechtliche Reduktionsgründe gegeben sind) auf das Ganze zu verurteilen, hat aber Regress auf den Halter. Der Richter wird diesen Regress (...) in dem Umfange schützen, als er den Halter haftpflichtig erklärt hätte, wenn der Geschädigte gegen ihn vorgegangen wäre.»

YUNG vertritt zur Regel von Art. 37 II/III MFG eine etwas andere Ansicht:

«Je ne crois pas qu'elle signifie l'abandon complet de la solidarité imparfaite. En effet, la loi n'en joint pas au juge de reduire l'indemnité mise à la charge du défendeur dans la mesure où elle devra se répartir définitivement entre les coobligés[3].»

[1] HARTMANN A. S. 154/155.
[2] STREBEL, Komm. MFG Art. 41 N. 49.
[3] YUNG Sem. jud. 55 S. 254.

Nach YUNG müsste also die für das Aussenverhältnis festgelegte Haftungsquote des Kausalhaftpflichtigen (wir sprechen vom MFG) keineswegs auch die definitive, vom Kausalhaftpflichtigen letztlich zu tragende Teilquote sein.

Ähnlich spricht sich OFTINGER zu Art. 60 I SVG aus. Diese Bestimmung sei wohl gerade deshalb eingeführt worden, um die sich sonst aus Art. 51 OR ergebende Regressordnung zu mildern. Dem zuerst für den vollen Betrag belangten Kausalhaftpflichtigen soll ein Regress gegen den Verschuldenshaftpflichtigen zustehen, aber höchstens bis zu dessen für das Aussenverhältnis geltenden Teilhaftungsbetrag[1]. Und bei primärer Belangung des aus Verschulden Haftpflichtigen? Offenbar ist davon auszugehen, dass die interne Aufteilung des Schadens unabhängig von der Ersatzverpflichtung im Aussenverhältnis durch richterliches Ermessen zu bestimmen wäre[2].

Wie wäre nun aber bei den Solidaritätstatbeständen des allgemeinen Rechtes zu entscheiden, wenn z. B. mehrere aus Verschulden oder aus schuldhafter Vertragsverletzung Haftpflichtige den Art. 43 I OR für sich geltend machen könnten? Ein Entscheid des Bundesgerichtes scheint darauf hinzudeuten, dass ein Regress bei Differenzierung im Aussenverhältnis nicht mehr stattfinden kann[3]:

«In einem solchen Fall der Haftung mehrerer Personen aus verschiedenen unerlaubten Handlungen rechtfertigt sich eine Entlastung des einen oder des andern Delinquenten oder beider gegenüber dem Geschädigten noch weniger, als im Falle gleichzeitiger Haftung weiterer Personen aus anderen Rechtsgründen (...), wo sie durch Art. 51 OR implicite abgelehnt wird, *ansonst ja für den gegenseitigen Rückgriff kein Raum wäre.*»

Auch in den Entscheiden zur Verschuldenskonnexität wird nirgends auf den Regress hingewiesen, der bei einer Reduktion im Aussenverhältnis noch eintreten würde. In BGE *60* II 155 heisst es:

«Von diesen Ausnahmen abgesehen[4], ist die Aufteilung der Ersatzpflicht unter die verschiedenen Verursacher lediglich dem Rückgriff derselben vorbehalten.»

Die unter Berücksichtigung von Art. 43 I OR für das Aussenverhältnis festgesetzten Haftungsbeträge können aber nicht die endgültigen, von den Einzelnen zu tragenden Ersatzbeträge sein. Einmal wäre dies nur möglich, wenn der Richter über den ganzen Schadenstatbestand, über dessen Verursachung und über die Verantwortlichkeit aller daran beteiligten Personen judizieren könnte,

[1] OFTINGER II/2 S. 663, I S. 312: Der Regress hat seine obere Grenze stets im Betrag, den der Geschädigte vom Regressschuldner im Aussenverhältnis zu fordern hatte, zuzüglich Gerichts- und Anwaltskosten.

[2] Art. 60 II SVG.

[3] BGE *56* II 401 f.

[4] Das Gericht meint damit die Verschuldenskonnexität und den Tatbestand der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. Vgl. oben Ziff. 3.3.1.1.

was jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn der Geschädigte nur gegen Einzelne klagt[1]. Eine definitive Aufteilung liesse sich höchstens bei streitgenössischer Prozessführung gegen alle Verantwortlichen vornehmen. Weiter haben wir festgestellt, dass die Anwendung von Art. 43 I OR als subjektiver Bemessungsgrund gar nicht zur quotenmässigen Aufteilung des Schadens, sondern nur zu einer Abstufung der Verantwortlichkeits- bzw. Schadenersatzbeträge führt. Wären dies die endgültig von jedem Verantwortlichen zu tragenden Beträge, so hätte der Verletzte Anspruch darauf, weit über 100% seines Schadens ersetzt zu erhalten. Da aber alle Schuldner zusammen für nicht mehr aufkommen müssen als für die einmalige volle Schadensdeckung, muss der Ausgleich unter den verschieden belasteten Verursachern über einen Regress erfolgen.

Wie wären diese Regressansprüche zu bestimmen? Wir wollen das anhand unseres einfachen Beispiels, in dem A bei einem Schaden von Fr. 10000.– zu ¼, B zur Hälfte entlastet wird, verfolgen. Nach dem Grundsatz der Solidarität hat der Geschädigte von B nichts mehr zugut, wenn A seine Fr. 7500.– (es genügen schon Fr. 5000.–) bezahlt hat. Im Innenverhältnis ist dagegen die Angelegenheit mit der Begleichung der Schuld durch A noch nicht erledigt, denn auch B ist schliesslich im Aussenverhältnis zu 50% verantwortlich. Zur Ermittlung des Rückgriffanspruches des A könnten die beiden Verschuldensquoten: ¾ und ½ miteinander verglichen werden. Dabei würde es eine Rolle spielen, ob diese Verschuldensanteile mit dem Totalschaden in Beziehung gebracht werden oder ob der Anteil des B nur in Relation gesetzt wird zu dem wirklich geleisteten Schadenersatz. Im ersten Fall müsste B nach der Grösse beider Verschulden (3:2) für $^2/_5$ des Schadens, also für Fr. 4000.–, aufkommen. A könnte für diesen Betrag auf B regressieren. Dies widerspräche natürlich insofern der Billigkeit, als A nach der Verschuldensbeteiligung des Aussenverhältnisses eindeutig stärker belastet werden muss. Nur der zweite Weg, die Bezugnahme auf den tatsächlich geleisteten Schadenersatzbetrag führt zu einer gerechten Lösung: B hätte $^2/_5$ des von A geleisteten Ersatzbetrages, also Fr. 3000.– zu übernehmen.

Aus der Tatsache, dass neben der Abstufung der Haftungsbeträge im Aussenverhältnis gleichwohl noch ein Regress den internen Ausgleich regeln muss, lassen sich für unser Problem zwei Schlüsse ziehen:

1. Während der Geschädigte bei leichtem Verschulden der Schadensverursacher regelmässig einen ansehnlichen Teil seines Schadens nicht ersetzt erhielte[2], zögen die Verursacher aus dem Umstand, dass Mehrere für den Schaden verantwortlich sind, den bedeutenden weiteren Vorteil, dass sie ihren effektiv

[1] YUNG Sem.jud. 55 S. 254 f, v. WATTENWYL S. 140f, zur Präjudizialität von Urteilen bei Solidarhaftung vgl. KUMMER S. 173, 182 und dort zit. Literatur.

[2] Das gilt natürlich vor allem dann, wenn der Meistbelastete noch ganz oder teilweise zahlungsunfähig ist, was nicht so selten der Fall sein dürfte.

zu leistenden Betrag durch Geltendmachung ihrer Regressansprüche noch mehr reduzieren könnten[1].

2. Die Anwendung von Art. 43 I OR im Aussenverhältnis hätte insofern eine beträchtliche Mehrbelastung der Gerichte zur Folge, als die individuellen Haftungsbeträge jetzt zweimal – im Aussenverhältnis und im Innenverhältnis – überprüft werden müssten.

Die Ermittlung der Regressansprüche wäre in komplizierteren Fällen mathematisch kaum lösbar. Schon eine Festsetzung nach freiem Ermessen wäre z. B. bei teilweiser Zahlungsunfähigkeit eines Mitschuldners recht kompliziert[2].

Die Anwendung von Art. 43 I OR brächte für den Gläubiger ganz beträchtliche Prozessrisiken. Er müsste jetzt unter Umständen mehrere Prozesse oder gegen mehr Personen Prozess führen, um zu seinem Ersatz zu kommen. Zudem müsste er gegen jeden um die Verschuldensquote fechten. Nach der hergebrachten Ordnung ist dies dagegen Gegenstand des den Geschädigten nicht mehr berührenden Regressprozesses.

Eine solche Ordnung übersieht die Stellung des Geschädigten vollständig. Der Gedanke der Solidarhaftung – Gläubigerschutz – würde in sein Gegenteil verkehrt. Der Gläubiger wäre sogar noch schlechter gestellt als bei gewöhnlicher Teilhaftung. Es entstünde eine relativierte und individualisierte Solidarität für und mit jedem Verantwortlichen, welche von zahlreichen Zufällen abhinge: von der Anzahl der belangten Personen und damit von den materiellen Möglichkeiten des Geschädigten. Diese individualisierte oder «differenzierte» Solidarität liesse sich wohl auch kaum mit unserem Vollstreckungsrecht vereinbaren. Art. 216 und 217 SchKG beruhen ja gerade auf der Verantwortlichkeit jedes Solidarschuldners für den ganzen dem Gläubiger zustehenden Anspruch[3].

Aus all diesen Erwägungen lehnen wir die Anwendung von Art. 43 I OR im Rahmen aller Solidaritätstatbestände – echte und unechte – ab. Sie führt zu einer Mehrbelastung des Geschädigten, welche kaum noch als billig bezeichnet werden kann. Sie verursacht für die Rechtsprechung aber auch Unklarheit und Rechtsunsicherheit. Dem Geschädigten soll wenigstens eine reelle Chance bleiben, seinen Schaden von den Verantwortlichen vollumfänglich ersetzt zu erhalten. – Auch das bestehende Regressrecht bietet die Möglichkeit, den Grundsatz der Proportionalität zwischen Verschulden und Schadenersatz zu verwirklichen.

[1] Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Solidarhaftung schon mehrmals festgestellt, dass der Gläubiger nur einmal seinen Schaden ersetzt erhalten soll, dass aber anderseits auch keiner der verschiedenen Verursacher aus dem Umstand soll profitieren können, dass zufälligerweise noch andere zusammen mit ihm den Schaden herbeigeführt haben. BGE *80* II 253, *49* II 247, Brühlmann S. 5ff, Hartmann A. S. 33.

[2] v. Büren S. 106.

[3] Fritzsche II S. 75ff, Blumenstein S. 665.

Nicht anders sind die Solidarhaftungstatbestände gemäss Art. 759 OR zu behandeln. Weder der Hinweis auf den grossen unter Umständen von Art. 759 OR betroffenen Personenkreis noch derjenige auf die Grösse der in der Regel in Frage stehenden Schadensbeträge vermöchten ausnahmsweise eine Berücksichtigung von Art. 43 I OR zu rechtfertigen. Wenn etwa darauf hingewiesen wird, das Bundesgericht habe mit der «Verschuldenskonnexität» bei unechten Solidaritätstatbeständen bereits einen Schritt in diese Richtung getan und die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarhaftung sei sowieso überholt, so scheint uns dieses Argument zur Stützung der Forderung nach unbeschränkter Anwendbarkeit von Art. 43 I OR keineswegs geeignet. Die Verschuldenskonnexität wurde in den letzten vierzig Jahren wohl oft als Möglichkeit einer teilweisen Haftungsreduktion angedeutet, praktisch aber kaum angewendet. Aus der neueren Rechtsprechung könnte abgeleitet werden, dass die Tatbestände der Verschuldenskonnexität gar nicht der Solidarhaftung zu unterstellen sind. So führt das Bundesgericht in BGE *93* II 321 E. 2 zum Urteil des Walliser Kantonsgerichtes aus:

«Eine *solidarische Haftung* des Klägers für den vom Architekten zu verantwortenden Schadensanteil hat die Vorinstanz unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE *89* II 122 f) mit der Begründung *abgelehnt,* das mitwirkende Verschulden des Architekten lasse dasjenige des Klägers als gemildert erscheinen.»

Das Bundesgericht stellt nicht fest, dass trotz Anwendung der Verschuldenskonnexität Solidarhaftung bestehe. Daraus könnte immerhin abgeleitet werden, auch das Bundesgericht verneine die Solidarhaftung, wenn der Grundsatz der Verschuldenskonnexität Anwendung finde.

Im gleichen Urteil wird jedoch der Grundsatz der haftungsmildernden Verschuldenskonnexität überhaupt in Frage gestellt, wenn ausgeführt wird:

«Eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden, da sonst der Schutz des Geschädigten, den die Solidarhaftung ihrem Wesen nach anstrebt, weitgehend illusorisch gemacht würde. Den schutzwürdigen Interessen des belangten Schuldners trägt die Einräumung des Rückgriffsrechtes im internen Verhältnis der mehreren Schuldner genügend Rechnung ...

Das Bundesgericht hat denn auch eine Haftungsbeschränkung aus diesem Grunde nur in seltenen Fällen, beim Vorliegen ganz besonderer Umstände eintreten lassen (BGE *59* II 43, 369, vgl. ferner *64* II 307). In allen übrigen vom Bundesgericht beurteilten Fällen wurde eine solche Haftungsbeschränkung in den Erwägungen zwar als theoretisch möglich erwähnt, aber stets abgelehnt (BGE *41* II 228, *55* II 88, *60* II 155, *66* II 118, *89* II 123).

Ob es sich unter diesem Umständen überhaupt rechtfertige, an der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung festzuhalten, kann jedoch offenbleiben ...[1].»

[1] Auf dieser Linie liegt auch der bereits zit. Entscheid des zürcherischen Obergerichtes ZR 66 (1967) Nr. 107.

Auch der Hinweis auf Art. 60 III SVG als Vorbild ist nicht stichhaltig. Das *Gesetz* stellt dort die haftungsreduzierende Berücksichtigung des leichten Verschuldens für einen Fall der echten Solidarhaftung ausdrücklich fest. Jene Bestimmung stellt eine Ausnahme dar, von der aber oft gesagt wird, sie sei überhaupt kein Solidarhaftungstatbestand oder bedeute zumindest einen schweren Einbruch in das fundamentale Prinzip der Solidarhaftung[1].

Wenn das OR im Art. 759 II OR für das Regressverhältnis auf das Mass des Verschuldens jedes Einzelnen verweist, so ist auch damit angedeutet, dass der Gesetzgeber die Solidarität des Verantwortlichkeitsrechtes nicht als Spezialfall behandeln wollte. Dasselbe geht übrigens auch aus der schon mehrfach erwähnten Bestrebung der Revision von 1936 nach Verschärfung der Verantwortlichkeitsbestimmungen hervor.

Reichwein versucht mit einem Kompromissvorschlag die gegensätzlichen Prinzipien der solidarischen Ganzhaftung und der Berücksichtigung des leichten Verschuldens auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Nach diesem Autor soll der Schadenersatz nach dem Verschulden und den Umständen desjenigen *eingeklagten* Verantwortlichen bemessen werden, der am meisten belastet ist[2]. Bis zu diesem Betrag soll Solidarität unter allen verurteilten Verursachern bestehen.

Wir können uns auch dieser Auffassung nicht anschliessen. Reichwein geht davon aus, dass der Geschädigte nicht mehr erhalten soll, als er von dem ins Recht gefassten Hauptverantwortlichen, auf den Art. 43 I OR angewendet werden muss, zu fordern berechtigt ist. Auch diese Auffassung verkennt den allgemeinen Grundsatz des Schadenersatzrechtes, dass ein Verursacher grundsätzlich für den Schaden aufzukommen hat, was bei Verantwortlichkeit eines Einzigen oft zu ganz unbilligen Resultaten führen müsste (deshalb gibt es auch Art. 43 I OR), bei Verantwortlichkeit mehrerer aber durch den Regress ausgeglichen werden kann. Auch sein Vorschlag beruht auf einer die Schuldner bevorzugenden Grundauffassung. Die vorgeschlagene Lösung versagt aber auch auf praktischem Gebiet. Der Gläubiger (Geschädigter) wäre gezwungen, alle Verantwortlichen gleichzeitig einzuklagen, da er kaum schon zu Beginn weiss, welches der Hauptverantwortliche ist. Tut er dies nicht, so müsste er damit rechnen, dass die Solidarhaftung nicht bis zu dem für ihn am vorteilhaftesten Betrag besteht. Nun soll aber – nach Reichwein – dem Geschädigten die nachträgliche Geltendmachung der vorerst nicht eingeklagten Ansprüche doch noch zulässig sein. Wären diese nachträglich festgestellten Haftungsbeträge ebenfalls der im Hauptprozess ermittelten Solidarhaftungssumme zu unterstel-

[1] Yung, S. 28, Gilliard S. 260, Botschaft 1955 zum SVG S. 47, Sten. Bull NR 1957 S. 231, Schlegel in SZS 1959 S. 91, auch Stark, Probleme, S. 47 Fussnote 88, S. 63.

[2] Ähnlich schon Gröner S. 16.

len oder müsste in einem Fall, in dem sich ein erst nachträglich Belangter als der Hauptverantwortliche herausstellt, nicht auch der Solidaritätsbetrag für alle übrigen erhöht werden? Und wie wäre eine wirksame Regressordnung zwischen ursprünglich und nachträglich Belangten zu konstruieren? Diese Lösung würde zudem gerade in den krassesten Fällen, nämlich wenn neben einigen aus leichtem Verschulden Haftbaren einer wegen absichtlicher Begehung einzustehen hat, nichts nützen, da dann auf eine Reduktion des Haftungsbetrages dieses vorsätzlich Handelnden verzichtet und somit auch die Solidarhaftung der übrigen bis zum vollen Schadensbetrag reichen würde.

3.3.2. Die Bedeutung des Selbstverschuldens und der Einwilligung des Verletzten

3.3.2.1. In den Solidaritätstatbeständen des allgemeinen Schadenersatzrechtes

Art. 44 I OR nennt als Herabsetzungsgründe die Einwilligung des Geschädigten und die Einwirkung von «Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss». Unter diesen Umständen, die der Geschädigte zu vertreten hat, wird in der Regel das Selbstverschulden des Verletzten verstanden, das sich entweder auf die Entstehung oder die Verschlimmerung des Schadens bezieht[1].

Bei der Mitwirkung des Verletzten von einem Verschulden zu sprechen ist deshalb ungenau, weil von einem rechtlich relevanten Pflichtversäumnis (Verschulden) nur dann gesprochen werden kann, wenn es gegenüber einem Dritten begangen worden ist. Verschulden ist die Qualifikation über ein Verhalten, das zur Schädigung einer anderen Person geführt hat[2]. Wenn man trotzdem von «Selbstverschulden» spricht, so will man damit ein Verhalten kennzeichnen, das bei anderer Rollenverteilung als pflichtwidrig zu qualifizieren wäre[3]. Dies rechtfertigt auch die Übertragung verschiedener Folgerungen aus dem Verschuldensbegriff.

Die Berücksichtigung des Selbstverschuldens als Reduktionsgrund wird in der neueren Literatur aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet[4]. Niemand soll von jemandem Ersatz für einen Schaden verlangen können[5], den er seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder seinem heimlichen Einverständnis zuzuschreiben hat[6]. Auch der Einwilligung des Verletzten kommt

[1] Oftinger I S. 137, v. Tuhr/Siegwart I S. 100 ff.
[2] Oftinger I S. 138, v. Tuhr/Siegwart I S. 99, Keller R., Mitverschulden, S. 32.
[3] Oftinger I S. 139, Keller R., Mitverschulden, S. 33.
[4] Oftinger I S. 138, Keller R., Mitverschulden, S. 33.
[5] Im römischen Recht galt nach dem Prinzip der Culpakompensation der Satz, dass ein Schadenersatzanspruch dort entfalle, wo eigenes Verschulden des Geschädigten zum Eintritt des Schadens beigetragen hat. D. 50.17.203, Keller R., Mitverschulden, S. 4 f.
[6] Keller R., Mitverschulden, S. 34; der Tatbestand kann wohl als ein Fall des «venire contra factum proprium» bezeichnet werden.

grosse Bedeutung zu. Sie könnte in gewissem Sinne als Spezialfall der «Umstände, für die der Verletzte einzustehen hat», bezeichnet werden. Sie ist mit dem Selbstverschulden nahe verwandt.

Sein Selbstverschulden hat der Geschädigte natürlich auch dann zu vertreten, wenn ihm mehrere Verursacher gegenüberstehen. Daraus können wir ableiten, dass die Anwendung von Art. 44 I OR keine Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge zur Folge hätte. Für die übrigen Verursacher des Schadens besteht solidarische Haftung nur bis zu dem um den Anteil des Verletzten verminderten Schadensbetrag[1].

3.3.2.2. In den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitstatbeständen

Dem Herabsetzungsgrund der Einwilligung begegnen wir im Verantwortlichkeitsrecht der AG relativ häufig. Einwilligung der geschädigten Gesellschaft wird z. B. angenommen, wenn alle Gründer Kenntnis hatten von bestimmten Unregelmässigkeiten und damit einverstanden waren[2]. Die Einwilligung der Gründer oder der Aktionäre[3] in der Generalversammlung schliesst nicht nur den Ersatzanspruch dieser Gründer bzw. Aktionäre aus (volenti non fit iniuria), sondern auch denjenigen der Gesellschaft, da die Gesellschaft notwendigerweise dasselbe gewusst und gewollt haben muss[4] wie die Gesamtheit ihrer Gründer und Aktionäre.

Das Einverständnis stellt allerdings, nach Art. 44 I OR, nicht einen unbedingten Ersatzausschlussgrund dar, sondern *kann* – wie das Selbstverschulden – zu einer Reduktion führen. Häufig wird aber auch hier auf die «kausalzusammenhangsunterbrechende» Wirkung des Verhaltens des Geschädigten hingewiesen und der Tatbestand damit gleich behandelt, wie wenn ein Entlastungsgrund vorliegen würde[5].

Dass ein Geschädigter keinen Ersatz verlangen können soll, wenn er aus freien Stücken in die Schädigung eingewilligt hat, lässt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsgedanken sehr wohl begründen. Ein solches Verhalten stellt ein «venire contra factum proprium» dar[6].

[1] Oftinger I S. 83.

[2] Zur Einwilligung des Verletzten: BGE *83* II 56, 65, *86* III 158, *86* II 171, ZR 60 Nr. 98, ZBJV 95 S. 116.

Auch im Tatbestand von SAG 23 S. 185, in dem zwei Pro-forma-Verwaltungsratsmitglieder ausdrücklich von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren, könnte gegenüber der Gesellschaft Einwilligung geltend gemacht werden. In BGE *90* II 497 wäre Einwilligung oder wenigstens grobes Selbstverschulden auch angenommen worden, wenn die anderen Gründer die Unregelmässigkeit bloss hätten kennen müssen.

[3] ZR 60 Nr. 98 S. 222, BGE *83* II 53.

[4] BGE *86* III 158 und ZR 60 Nr. 98, BGE *83* II 53, *90* II 496. Dagegen müsste der Ersatzanspruch uneingeweihter Drittgläubiger geschützt werden. BGE *86* II 160 E. 3, *83* II 65.

[5] ZBJV 95 S. 117, im gleichen Sinne auch SAG 17 S. 231 f. Vgl. auch oben Ziff. 3.2.2.2.

[6] SAG 23 S. 186, Oftinger I S. 138 f, Keller R., Mitverschulden, S. 33.

Dagegen scheint bei Verantwortlichkeitstatbeständen die Bedeutung des *Selbstverschuldens* kontrovers zu sein[1]. Insbesondere die Frage der Zurechnung des Verschuldens einerseits von Gründern und Aktionären, anderseits von Mitgliedern der Verwaltung und der Kontrollstelle zu Lasten der Gesellschaft ist ungeklärt. In BGE *90* II 497 f wird ein von der Gesellschaft allein belangter Gründer unter Hinweis auf Art. 43/44 OR teilweise entlastet. Die Reduktion erscheine – so führt das Gericht aus – mit Rücksicht auf die Nachlässigkeit der andern Gründer gerechtfertigt («en tenant compte de la négligence des autres fondateurs»). Im gleichen Entscheid wird die gleiche Person auch in ihrer Verantwortlichkeit als Verwaltungsrat und Rechnungsführer mit Rücksicht auf die Nachlässigkeit der übrigen Verwaltungsratsmitglieder gegenüber der klagenden Gesellschaft teilweise entlastet[2]. Das Verschulden der Gründer und Aktionäre und der andern Verwaltungsratsmitglieder wird offenbar der Gesellschaft als Selbstverschulden zugerechnet[3].

Wenn z. B. allen Gründern Sorglosigkeit und Nachlässigkeit nachgewiesen werden kann, ist die Zurechnung als Selbstverschulden der Gesellschaft vertretbar. Ebenso wenn eine Generalversammlung der offensichtlich nachlässigen Amtsführung der Organe einfach zuschaute. Hier läge zwar eher Einwilligung vor. Wie verhält es sich aber, wenn nur einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates Kenntnis von den Unregelmässigkeiten im Geschäftsbetrieb hatten? Liegt hier auch Selbstverschulden der Gesellschaft vor? Dies geht aus dem erwähnten Entscheid BGE *90* II 501 nicht hervor, ginge aber u. E. entschieden zu weit. Man müsste sich dann vor Augen halten, dass auch das Verschulden des Alleinbelangten eigentlich der Gesellschaft zuzurechnen und damit eine Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft überhaupt unmöglich wäre[4]. Mit der Verantwortlichkeitsklage soll ja gerade die Gesellschaft vor pflichtwidrigem Verhalten ihrer Organe geschützt werden. Eine Zurechnung darf hier nicht stattfinden.

[1] Zum Selbstverschulden als Reduktionsgrund vgl. BGE *90* II 496ff, *66* II 236, *61* II 235, *57* II 89; als Selbstverschulden (eventuell sogar Einwilligung) könnte auch der Tatbestand, in dem in voller Kenntnis der Gesellschafter mangelhaft ausgebildete Personen als Verwaltungsratsmitglieder eingesetzt wurden, gewertet werden: SAG 17 S. 230, 9 S. 119, BGE *93* II 22, *25* II 347.

[2] BGE *90* II 500/501.

[3] Den Tatbestand als einen Fall der Berücksichtigung des Drittverschuldens qualifizieren zu wollen geht nicht an. Die Unterstellung unter Art. 44 OR spricht eindeutig für Selbstverschulden.

[4] Dass das Wissen eines oder einzelner Mitglieder des Verwaltungsrates die Haftung der Gesellschaft gegen aussen begründet, wollen wir damit nicht bestreiten.

Das Problem steht in engem Zusammenhang mit der bei der Entlastung aktuellen Frage, wieweit das Wissen eines Organmitgliedes der Generalversammlung bzw. der Gesellschaft selber zuzurechnen ist. Literatur und Praxis vertreten die Auffassung, dass eine solche Zurechnung wenigstens bei der Kontrollstelle mit dem Sinn der Verantwortlichkeit nicht mehr vereinbar wäre. BGE *65* II 11, Meier-Wehrli S. 128, Bürgi, Komm. Art. 698 N. 110, A. A. Biggel S. 75, Kaeslin S. 59.

Die Berücksichtigung des Selbstverschuldens führt nicht zur Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge sondern zu einer *pauschalen* Reduktion des Ersatzbetrages aller Verantwortlichen[1,2].

Ähnlich wie das Selbstverschulden ist wohl das in einigen Entscheiden als Reduktionsgrund angeführte Moment des «spekulativen Charakters» eines Geschäftes zu würdigen. Auch dieses spekulative Risiko wäre bis zu einem gewissen Grad vom Geschädigten zu vertreten[3].

3.3.2.3. Kritische Würdigung

Wir gehen mit der vorgehend aufgezeigten Lehrmeinung darin einig, dass die Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Geschädigten keine Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge der übrigen Verursacher zur Folge hätte. Der Verantwortlichkeitssphäre des Geschädigten ist jene sämtlicher andern für den Schaden verantwortlichen Personen gegenüberzustellen. Allerdings möchten wir darauf hinweisen, dass dieses Vorgehen eine Gesamtabwägung aller Verantwortlichkeitsbeiträge am Schaden voraussetzt, ansonst die Gefahr bestünde, dass der Geschädigte wiederum zu stark belastet wird. Es ist zu berücksichtigen, dass den übrigen Verursachern infolge ihrer solidarischen Haftung intern immer noch ein Regressrecht offensteht, durch welches sie sich wenigstens teilweise unter sich schadlos halten können. Bei der Bestimmung des Anteiles der Geschädigten wäre diesem Umstand angemessen Rechnung zu tragen[4].

Im übrigen halten wir fest, dass durch die Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Geschädigten die Solidarhaftung der anderen Verursacher nicht mehr im Umfang des ganzen Schadens, sondern nur bis zu dem um den Anteil des Geschädigten verminderten Betrag besteht.

3.3.3. Berücksichtigung weiterer Bemessungsgrundsätze

Als bedeutendster weiterer Bemessungsgrundsatz sind die in Art. 44 II OR erwähnten ökonomischen Verhältnisse zu nennen. Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht hat, durch die Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem

[1] Oftinger I S. 83, Reichwein S. 131, Meier-Wehrli S. 42.

[2] Unerklärlich ist uns die Bemerkung des Bundesgerichtes im bereits zitierten BGE *90* II 501:

«Faute de recours de la part de la société, on peut se dispenser d'examiner si une diminution des dommages-intérêts se justifiait même, puisque Dubuis (der Geschäftsführer) répondait avec les autres administrateurs solidairement de l'entier du préjudice (art. 759 CO)».

Aber es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht sagen wollte, bei Solidaritätstatbeständen gemäss Art. 759 OR werde ein Selbstverschulden der Gesellschaft im Aussenverhältnis überhaupt nicht berücksichtigt.

[3] BGE *59* II 460, *61* II 228, 236, *66* II 236.

[4] Vgl. zu den diesbezüglichen Erfahrungen im deutschen Recht eindrücklich das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 16. Juni 1959 in NJW 1959 S. 1774.

Grund die Ersatzpflicht ermässigen (Art. 44 II OR). Notlage im Sinne dieser Bestimmung liegt gemäss BGE *40* II 278 nicht erst dann vor, wenn dem Ersatzpflichtigen nur noch unpfändbares Vermögen übrigbleibt[1]. Immerhin weicht der Betrag nicht stark vom betreibungsrechtlichen Kompetenzbetrag ab[2].

Die Anwendung dieses Reduktionsgrundes im Aussenverhältnis hätte wiederum eine Differenzierung der Schadenersatzbeträge, wie wir sie für die Regel von Art. 43 I OR festgestellt haben, wenigstens in den Fällen zur Folge, in welchen neben einem notleidenden noch solvente Verantwortliche für den Schaden einstehen müssen. Auch hier könnte diesfalls von «reduzierter» Solidarhaftung gesprochen werden[3].

Auf die differenzierende Wirkung einer Anwendung von Art. 44 II OR wird auch von einigen Bearbeitern des Verantwortlichkeitsrechts der AG – in Analogie zum Tatbestand von Art. 43 I OR – hingewiesen[4]. Dagegen vertreten die Kommentatoren des Rechts der GmbH die Auffassung, dass zwischen Art. 43 I und 44 II OR unterschieden werden müsse. Während sie das leichte Verschulden jedes Einzelnen im Aussenverhältnis nicht berücksichtigen wollen, haben sie gegen die Anwendung von Art. 44 II OR als Reduktionsgrund offenbar nichts einzuwenden[5].

Wir möchten uns dieser letztgenannten Auffassung anschliessen. Soll nämlich der Bemessungsgrundsatz von Art. 44 II OR den verschiedenen Verursachern eines Schadens, die solidarisch haften, nicht gänzlich vorenthalten bleiben, so muss er bereits im Aussenverhältnis Anwendung finden. Es wäre kaum sinnvoll, dass ein notleidender Verursacher erst im Regressverhältnis zu dieser Ersatzreduktion käme, im Aussenverhältnis aber für den totalen Schadensbetrag aufkommen müsste. Da ein Regressanspruch ja immer erst dann entsteht, wenn der Regressierende die totale Schuld bezahlt hat, müsste wohl zuerst die Auspfändung oder die Konkurseröffnung über den Notleidenden erfolgt sein, bevor sich eine Haftungsreduktion auswirken würde[6]. Dies entspricht weder

[1] Wenn die Notlage erst dann gegeben wäre, wenn nur noch unpfändbares Vermögen vorhanden ist, wäre nicht einzusehen, warum die Regeln des SchKG nicht ausreichen sollten.

[2] BGE *40* II 278, unzutreffend Oftinger, S. 242, insbesondere Fussnote 42, und mit ihm Reichwein S. 131; dagegen ZR 66 Nr. 107.

[3] Aus dem Urteil der II. Zivilkammer des zürcherischen Obergerichtes vom 12. Mai 1967 (ZR 66 Nr. 107), das einem Beklagten den Herabsetzungsgrund von Art. 44 II OR neben anderen Verantwortlichen zugestand, kann nicht genau entnommen werden, ob diese Haftungsreduktion sich bereits im Aussenverhältnis auswirke, und damit Solidarität nur bis zu einem geringeren Betrag besteht. Das Urteil verweist an anderer Stelle auf das strenge Haftungsprinzip der Solidarität als Haftung aller für das Ganze.

[4] Vgl. etwa Meier-Wehrli S. 46, Burckhardt S. 200.

[5] Janggen/Becker, Komm. zur GmbH Art. 827 N. 5, W. v. Steiger, Komm. zur GmbH Art. 827 N. 18.

[6] Aus diesem Grund scheint uns auch die Bemerkung Oftingers, bei der Festsetzung des Ersatzbetrages gemäss Art. 44 II OR seien die einigen Erfolg versprechenden Regressansprüche des gefährdeten Ersatzpflichtigen angemessen zu berücksichtigen, fragwürdig. Oftinger I S. 243.

dem Sinn und Zweck von Art. 44 II OR noch dem Grundgedanken unseres Schadenersatzrechtes.

Für diese seltenen Tatbestände könnte sich also eine Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge ergeben. Wir möchten aber nochmals betonen, dass der Tatbestand von Art. 44 II OR mit demjenigen von Art. 43 I OR keinesfalls gleichgesetzt werden darf. Während der Zweck von Art. 43 I OR – Verantwortlichkeit nach Verschuldensbeiträgen – in Solidaritätstatbeständen durch die Regressmöglichkeit auf die übrigen Schuldner voll und ganz erfüllt ist, käme die Entlastungsmöglichkeit eines Regresses für einen gemäss Art. 44 II OR notleidenden Schuldner zu spät. Durch die Berücksichtigung von Art. 44 II OR im Aussenverhältnis würden den Mitverantwortlichen übrigens keine zusätzlichen Nachteile erwachsen[1].

4. Der Regress gemäss Art. 759 II OR

Art. 759 II OR stellt eine besondere Regressregel für das Verantwortlichkeitsrecht auf[2]. Massgebend für den Umfang des Rückgriffes ist der Grad des Verschuldens. Da Art. 759 OR einen Tatbestand echter gesetzlicher Solidarität darstellt, ist an die Subrogation des zahlenden Schuldners zu erinnern (Art. 149 I OR).

Unter den Regresspflichtigen besteht gegenüber dem Regressnehmer nicht wiederum Solidarität, sondern anteilsmässige Haftung. Allerdings werden nicht erhältliche Beträge unter alle andern aufgeteilt[3].

5. Die Wirkung eines Vergleiches auf das Solidarschuldverhältnis

Dem Vergleich kommt im Verantwortlichkeitsrecht der AG eine sehr grosse Bedeutung zu. Die Tatsache, dass von den recht zahlreichen Verantwortlichkeitstatbeständen nur einzelne zur Beurteilung vor die Gerichte kommen, lässt sich sicher damit erklären, dass ein gutgehendes Unternehmen alles daran setzt, dass solche «Unstimmigkeiten» solange als möglich nicht vor die Gerichte und damit an die Öffentlichkeit gelangen. Auf der andern Seite zeigt uns die Häufigkeit vergleichsweiser Regelungen auch immer untrüglich an, dass die

[1] Vgl. auch Reichwein SJZ 64 S. 131f.

[2] Die heikle Frage, ob Verantwortlichkeitsansprüche nach Vertragsrecht oder nach dem Recht der unerlaubten Handlungen zu beurteilen sind und demnach sich der Regress nach Art. 148 bzw. 50 OR abwickeln müsse, wurde anlässlich der Beratung des Gesetzesentwurfes durch die Neuformulierung von Abs. 2 des Art. 759 OR geschickt umgangen. Vgl. Bericht des EJPD an die Kommission des Ständerates vom 15. August 1929, S. 15.

[3] In der Literatur besteht eine Kontroverse, ob diese Aufteilung gleichmässig oder im Verhältnis der Regressanteile zu geschehen hat. v. Tuhr/Siegwart II S. 762, Becker, Komm. Art. 148, N. 5, Oftinger I S. 313 Fussnote 96 und die dort zit. Lit. sind für gleichmässige Aufteilung. Zum Rückgriff allgemein Brühlmann W., Hartmann A., Gröner, Stucki.

gesetzliche Regelung nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, oder anders gesagt, dass sie schlecht ist.

Es stellt sich die Frage, ob durch den Abschluss eines Vergleiches (oder durch Erlass) zwischen der Gesellschaft und einzelnen Verantwortlichen die Stellung anderer verantwortlicher Personen verschlechtert werden kann, indem diese anderen damit auch ihrer Regressrechte verlustig gehen. Grundsätzlich ist in solchen Fällen abzuklären, ob der Vergleich nur subjektiv gegen einzelne Personen oder objektiv gegen alle Wirkung haben soll. Probleme ergeben sich höchstens im ersten Fall[1]. Aus der rechtlichen Konstruktion der Solidarschuld geht hervor, dass der Abschluss eines Vergleiches oder sogar eines Erlasses mit einem Verantwortlichen in der Regel die Ansprüche *des Gläubigers* gegen die übrigen nicht berührt[2]. Bedeutender ist aber die Frage des Einflusses eines Vergleiches auf die Regressrechte.

Nach heute herrschender Lehre vermag ein nur subjektiv wirkender Vergleich oder Erlass die Regressrechte der nicht begünstigten Verantwortlichen gegen die Befreiten nicht aufzuheben[3], ebensowenig wie ein befreiendes Urteil gegen einen als Solidarschuldner Eingeklagten dessen endgültige Befreiung von jeder Ersatzpflicht bedeutet[4]. Der vergleichsweise erwirkte Vorteil kommt dem Begünstigten also nur im Aussenverhältnis zugut. Wird ein Regressanspruch gegen ihn geltend gemacht, so kann er sich nicht mehr auf den Vergleich mit dem Verletzten berufen. Darin liegt gewissermassen ein Schutz der Schuldner vor einer willkürlichen Begünstigung durch den Gläubiger. Wenn die Solidarschuldner schon für den ganzen Schaden einzustehen haben, soll ihnen wenigstens die Möglichkeit gewahrt bleiben, auf ihre Mitschuldner zu greifen. Diese Regelung ist die konsequente und gerechte Folge aus dem Grundsatz der Haftung aller Solidarschuldner für den ganzen Schaden[5].

§ 3 Zusammenfassung für das schweizerische Recht

Grundsätzlich haben wir festgestellt, dass das Verantwortlichkeitsrecht der schweizerischen AG sehr streng ist. Ein grosser Personenkreis (Art. 753 und 754 OR lassen eine weite Interpretation zu) kann schon bei leichtestem Ver-

[1] Oser/Schönenberger, Komm. Art. 149 N. 5, Becker, Komm. Art. 147 N. 5, v. Tuhr/Siegwart II S. 755 Fussnote 92, S. 759, Kummer S. 178f, Oftinger I S. 305, zur Frage der Präjudizialität allgemein BGE *93* II 333.

[2] Kummer S. 178f.

[3] Oser/Schönenberger, Komm. Art. 149 N. 5, Kummer S. 180, v. Tuhr/Siegwart II S. 755, Oftinger I S. 304f.

[4] Kummer S. 180.

[5] Anders liegen die Dinge natürlich, wenn der Vergleich objektiv gegen alle wirken soll. Hier ist ein Schutz der Schuldner unnötig, da alle durch den einen Vergleich entlastet werden.

schulden sowohl der Gesellschaft wie den Aktionären und den Gläubigern gegenüber haftbar werden. Dabei stellt die in Art. 759 OR *für alle für denselben Schaden verantwortlichen Personen* vorgeschriebene Solidarhaftung eine zusätzliche Härte für die betroffenen Organpersonen dar. Welche haftungsentlastenden Einreden kann eine aus dem Verantwortlichkeitsrecht belangte Organperson für sich geltend machen, und insbesondere, in welchem Umfang ist eine solidarisch haftbare Organperson für einen Schaden ersatzpflichtig?

I. Haftungsentlastende und haftungsreduzierende Einreden, welche sich aus der gesetzlichen Organisation der AG ergeben, und ihre Wirkung

1. Die Berufung auf den Déchargebeschluss der Generalversammlung

Da sich nach der Praxis der schweizerischen Gerichte die Décharge nur auf jene Geschäfte und Tatsachen bezieht, die den Aktionären zur Zeit der beschlussfassenden Generalversammlung bekannt waren oder nach Treu und Glauben bekannt sein durften, stellt die Berufung auf die erteilte Décharge in den seltensten Fällen einen Schutz gegen Verantwortlichkeitsklagen dar. Die Décharge kann klagenden Aktionären, welche nicht zugestimmt haben (unter den Voraussetzungen von Art. 757 OR) überhaupt nicht entgegengehalten werden.

2. Die Ausführung von Beschlüssen eines übergeordneten Organes

Leitende Personen einer AG können sich nur in beschränktem Masse darauf berufen, sie hätten nach den Direktiven der vorgesetzten Instanz gehandelt. Sie sind in erster Linie der Gesellschaft selber zur Treue verpflichtet. Hat eine solche Organperson nicht alles unternommen, um eine pflichtwidrige Anordnung eines übergeordneten Organes zu beseitigen, so wird sie trotzdem haftbar. Bei Anordnungen der Generalversammlung könnte der klagenden Gesellschaft gegebenenfalls Einwilligung oder Selbstverschulden entgegengehalten werden.

3. Die Auswirkung der Delegation von Aufgaben auf die Verantwortlichkeit

Obwohl immer wieder diskutiert und postuliert, haben die schweizerischen Gerichte bis heute die Berufung auf eine reglementarische oder statutarische Aufgabenaufteilung nur in ganz seltenen Fällen als haftungsentlastende Einrede anerkannt. Auf die generelle Überwachungs- und Aufsichtspflicht der lei-

tenden Organe (besonders des Verwaltungsrates) wird immer noch grosses Gewicht gelegt. Eine Verneinung jeglichen Verschuldens und damit jeglicher Verantwortlichkeit eines Verwaltungsratsmitgliedes ist also kaum je möglich. Immerhin bestehen Ansatzpunkte einer vermehrten Berücksichtigung der betriebsinternen Aufgabenteilung.

4. Die Berufung auf allgemeine Haftungsgrundsätze

Das Verantwortlichkeitsrecht setzt bezüglich des Verschuldens eigene, strengere Massstäbe als z.B. das Dienstvertrags- oder das Auftragsrecht. Eine Anwendung der Artikel 398 I und 328 III OR kommt daher nicht in Frage. Unentgeltlichkeit der Geschäftsführung könnte – im Sinne von Art. 99 II OR – höchstens gegenüber der Gesellschaft als Haftungsmilderungsgrund angeführt werden. Die Anwendung der allgemeinen Ersatzbemessungsgrundsätze von Art. 43 und 44 OR ist nur in jenen Tatbeständen allgemein anerkannt, in denen ausschliesslich die Verantwortlichkeit einer Person zur Diskussion steht.

II. Gestalt und Umfang der Solidarhaftung im Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

1. Das Wesen der Solidarschuld

Solidarschuldnerschaft besteht nach schweizerischem Recht dann, wenn einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüberstehen, von denen jeder zur Erfüllung der ganzen Schuld verpflichtet ist, die Leistung aber nur einmal erbracht werden muss. Sämtliche Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist. Solidarität entsteht entweder durch vertragliche Abmachung oder durch das Gesetz.

Die schweizerische Lehre unterscheidet zwischen den Tatbeständen echter und unechter Solidarität. Eine für unser Thema bedeutende Folge dieser Unterscheidung besteht darin, dass das Bundesgericht die sogenannte «Verschuldenskonnexität» nur bei den Tatbeständen unechter Solidarität berücksichtigt. Gemäss dieser Verschuldenskonnexität kann ein (unechter) Solidarschuldner dann eine teilweise Haftungsbeschränkung für sich erwirken, wenn sein Verschulden durch dasjenige eines Dritten als gemildert erscheint.

Art. 759 OR stellt einen Tatbestand echter Solidarität dar, auch wenn in den wenigsten Fällen von einem bewussten Zusammenwirken der verantwortlichen Personen im Sinne von Art. 50 OR gesprochen werden kann.

2. Der Umfang der Ersatzpflicht im Rahmen der Solidarschuld

Nach gemeiner Lehre bedeutet Solidarhaftung: Haftung aller Schuldner *für den ganzen entstandenen Schaden.* Dies würde die Anwendung der Ersatzbemessungsgründe von Art. 43 und 44 OR im Aussenverhältnis (gegenüber dem Gläubiger) ausschliessen. Von verschiedenen Autoren wird neuerdings die Ansicht vertreten, vor allem der Bestimmung in Art. 43 I OR komme grundsätzliche Bedeutung für das gesamte Schadenersatzrecht zu. Sie verwirkliche den für unser Recht geltenden Grundsatz des Gleichgewichtes zwischen Verschulden und Schadenersatzpflicht, weshalb sie auch im Aussenverhältnis der Solidarschuld berücksichtigt werden müsse. Die Folge davon wäre eine *Differenzierung* der Solidarhaftungsbeträge: für und mit jedem einzelnen Solidarschuldner bestünde eine individuelle Solidarhaftungssumme gemäss seinem Verschuldensbeitrag. Diese Auffassung wurde in den letzten Jahren von zahlreichen Autoren des Verantwortlichkeitsrechtes der AG übernommen.

Nach Prüfung der Frage, ob in den für das Verantwortlichkeitsrecht bedeutenden Tatbeständen «gemeinsamer» Kausalität nicht auch der Kausalitätsbeitrag als Differenzierungsfaktor heranzuziehen wäre, kommen wir zu einer Ablehnung einer solchen Differenzierung, sei es aufgrund des Kausalitäts- oder des Verschuldensbeitrages, und zwar aus folgenden Überlegungen:

2.1. Der Geschädigte hat einen berechtigten Anspruch darauf, dass ihm von seinem zu Unrecht erlittenen Schaden möglichst viel ersetzt wird. Die Solidarschuld soll ihm dazu verhelfen. Sie ist ein Instrument, mit welchem seine Interessen in optimaler Weise gewahrt werden. Der Gläubiger, dem mehrere Solidarschuldner gegenüberstehen, ist durch die Ganzhaftung aller Schuldner besser gestellt, als wenn er nur einen einzigen Schuldner hätte.

2.2. Die Regel, dass für eine Ersatzpflicht ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Belangten und dem Schaden bestehen muss, würde bedingen, dass bei «gemeinsamer Kausalität» jeder nur für einen Teil des Schadens, gemäss seinem Kausalitätsbeitrag, haftbar wäre. In der Schweiz wird in der Regel – über einen weitgefassten Kausalitätsbegriff – trotzdem Ganzhaftung aller angenommen. Auch wenn dies nicht der Logik entspricht, so ist diese Lösung doch billig. Andernfalls wäre der Geschädigte oft vor unlösbare Probleme gestellt, wenn er den genauen Kausalitätsbeitrag jedes Einzelnen nachweisen müsste. Die mehreren Schädiger sollen von diesem Beweisnotstand des Geschädigten nicht profitieren.

2.3. Aus der unter Ziff. 2.1. erwähnten Bevorteilung des Gläubigers ergibt sich noch kein Anspruch der Schuldner auf Berücksichtigung von Art. 43 I

OR (leichtes Verschulden) im Aussenverhältnis. Ihnen steht im Regress ein Mittel zur Verfügung, das ihrem Anspruch auf die Proportionalität zwischen Verschulden und Schadenersatzpflicht gerecht wird. Die Anwendung von Art. 43 I OR im Aussenverhältnis würde nicht zu einer Aufteilung des Schadens unter die verschiedenen Verursacher, sondern zur Abstufung der verschiedenen Haftungsbeträge führen. Durch diese Abstufung wäre aber höchstens dann eine auch den Gläubiger befriedigende Schadensverteilung garantiert, wenn das schweizerische Recht eine Überschusshaftung, wie sie v. BÜREN vorschlägt, anerkennen würde. Die Anwendung des Solidarhaftungsgrundsatzes im Rahmen einer abgestuften Haftung hätte dagegen eine erhebliche Benachteiligung des Geschädigten zur Folge. Dieser wäre unter Umständen noch schlechter gestellt als bei gewöhnlicher Teilhaftung. Die Prozesskosten und -risiken würden sich vervielfachen. Zudem würde die Anwendung von Art. 43 I OR einen Regress keineswegs ausschliessen. Die Gerichte müssten die einzelnen Haftungsbeträge also zweimal bestimmen.

Die Ausnahmebestimmung von Art. 60 III SVG kann für das Aktienrecht nicht Vorbild sein. Sie ist selber umstritten. Auch der Verweis auf die vom Bundesgericht anerkannte Verschuldenskonnexität und auf die Unbegründetheit der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität überzeugt nicht. Bis jetzt wurde – wenn überhaupt – die Verschuldenskonnexität nur in Tatbeständen unechter Solidarität berücksichtigt. Zudem distanziert sich das Bundesgericht neuerdings immer mehr von dieser Praxis. Auch im Rahmen der Solidarhaftung des Art. 757 OR lehnen wir daher eine Ersatzbemessung nach dem verschiedenen Verschuldensgrad im Aussenverhältnis ab.

Der Anwendung des Grundsatzes von Art. 44 I OR (Einwilligung und Selbstverschulden des Verletzten) steht dagegen auch in Solidarschuldverhältnissen nichts entgegen. Solidarschuld besteht unter diesen Umständen nur bis zu dem um den Beitrag des Geschädigten verminderten Schadensbetrag. Immerhin muss der Beitrag des Verletzten durch eine Gesamtabwägung aller Beiträge bestimmt werden.

Als einzige Ausnahme vom Grundsatz der Haftung aller für den ganzen Schaden anerkennen wir – neben der sehr seltenen summenmässigen Haftungsbegrenzung – die Anwendung von Art. 44 II OR (Notlage eines Schädigers). Die Berücksichtigung dieses Bemessungsgrundsatzes muss bereits im Aussenverhältnis erfolgen, da er sonst für den betreffenden Schädiger zu spät käme. In diesen im Verantwortlichkeitsrecht der AG wohl sehr seltenen Tatbeständen ist eine Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge denkbar.

Im übrigen sähen wir eine Möglichkeit zur Milderung der strengen Wirkung der Solidarhaftung von Art. 759 OR darin, dass das grobe Selbst- und das grobe Drittverschulden wie überall sonst im Schadenersatzrecht auch im

Verantwortlichkeitsrecht der AG als Entlastungsgründe angeführt werden dürfen.

Ob sich aus ausländischen Rechtsordnungen grundsätzlich neue Lösungen für das Verantwortlichkeitsrecht der schweizerischen AG, insbesondere für die Solidarhaftung von Art. 759 OR, ableiten lassen, wollen wir im folgenden untersuchen. Dabei gehen wir so vor, dass wir das deutsche, das französische und das österreichische Recht in gleicher Weise wie das schweizerische einzeln erläutern.

2. Teil: Das ausländische Recht

1. Kapitel: Das deutsche Recht

§ 4 Die Grundzüge der Organisation und des Verantwortlichkeitsrechts der deutschen AG

I. Allgemeines

Zwischen der deutschen und der schweizerischen AG lässt sich in mancher Beziehung eine nahe Verwandtschaft feststellen. Die AG ist in beiden Rechtsordnungen eine auf körperschaftlicher Basis beruhende Kapitalgesellschaft[1]. Eigene Rechtspersönlichkeit, Handeln durch Organe, Haftungsbeschränkung, versachlichte kapitalmässige Beziehung zwischen Mitglied und Unternehmung und die daraus resultierende Anonymität kennzeichnen auch die deutsche AG. Deutsches Gedankengut hat auch immer wieder zur Diskussion über das Wesen der AG in der Schweiz angeregt. Es sei nur etwa auf den Theorienstreit über die juristische Person oder auf die Lehre vom «Unternehmen an sich» und den damit zusammenhängenden Gedanken der Aktiendemokratie bzw. Verwaltungsabsolutismus verwiesen[2].

Aber auch organisationsmässig lassen sich wenigstens bis 1937 kaum wesentliche Unterschiede feststellen. Wohl unter dem Einfluss von GIERKES Genossenschafts- und Aktienvereinstheorie gestand bis 1937 auch das alte HGB oberste Organstellung im Sinne der Omnipotenztheorie der Aktionärsversammlung zu[3]. Die strenge funktionsmässige Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat war trotz des Aufsichtsratsobligatoriums noch nicht Wirklichkeit[4]. Erst die Reform von 1937 brachte rechtlich die Entmachtung der Aktionärsversammlung[5] und die strengere Gliederung in geschäftsführende, überwachende und kontrollierende Instanzen.

Noch vor wenigen Jahren stand Deutschland mit seinem formalistischen, wenn auch klaren «Aufsichtsratssystem» praktisch allein[6]; die meisten europäischen Aktiengesetze beruhten auf dem sogenannten Verwaltungsratssystem,

[1] Die grundsätzliche Kontroverse über die rechtliche Struktur der AG ist auch in Deutschland noch nicht beigelegt. Ist die AG Personengesellschaft oder Körperschaft? Vgl. GODIN/WILHELMI § 1 Anm. 2. Die körperschaftliche Struktur bejahen: BAUMBACH/HUECK § 1 Anm. 3, GK (SCHMIDT) § 1 ADAG Anm. 3, MESTMÄCKER S. 1 ff.

[2] Dazu WIETHÖLTER S. 38 ff und 77 ff.

[3] BAUMBACH/HUECK, 13. Aufl., Übersicht vor § 76 Anm. 2, kritisch dazu WIETHÖLTER S. 82 ff.

[4] WIETHÖLTER S. 82, SCHULZ-DORNBURG S. 13, MESTMÄCKER S. 85 f.

[5] Die Auffassung, die Hauptversammlung sei das oberste Organ, blieb aber lebendig, vgl. BAUMBACH/HUECK, 6. Aufl., Übersicht vor § 70.

[6] Österreich übernahm 1938 weitgehend das deutsche Aktienrecht von 1937.

welches für die drei Aufgabenkomplexe nur zwei Organe: den Verwaltungsrat und die Kontrollstelle, vorsieht[1]. Das änderte sich allerdings, als vor zehn Jahren in der EWG die Diskussion um eine europäische Handelsgesellschaft begann[2]. Bereits hat Frankreich im Anschluss an ähnliche Projekte in Belgien neben der traditionellen Form der AG einen Typus getrennter Geschäftsführungs- und Überwachungsinstanz in sein neues Aktiengesetz aufgenommen[3]. Daneben bearbeitet eine gemischte Kommission unter Prof. SANDERS einen Entwurf zu einer europäischen Aktiengesellschaft. Auch dieser Entwurf steht auf dem Boden des Aufsichtsratsprinzipes[4].

II. Die Verfassung der deutschen AG nach den Aktiengesetzen von 1937 und 1965

1. Allgemeines

Das deutsche Aktiengesetz vom Jahre 1937 legalisierte die in der Praxis schon lange vorher vollzogene Entmachtung der Aktionärsversammlung[5]. Dem Vorstand wurde die gesamte Leitung der AG in Eigenverantwortlichkeit übertragen, ohne dass der Hauptversammlung ein Einmischungsrecht geblieben wäre. Anderseits wurde der Aufsichtsrat mit der Überwachung des Vorstandes, vor allem hinsichtlich der Zweckmässigkeit der Unternehmensführung, betraut und gleichzeitig Vorstand und Aufsichtsrat streng voneinander getrennt.

Das neue Aktiengesetz von 1965 behält diese Zuständigkeitsordnung grundsätzlich bei. Trotzdem sind darin einige nicht unwesentliche Modifikationen zu erkennen. Die Verfassung der AG ist im 4. Teil des 1. Buches in 72 Paragraphen geordnet. Als notwendige Organe sind zu bestellen: Vorstand, Aufsichtsrat, Abschlussprüfer. Daneben kommt der Hauptversammlung Organstellung

[1] Vgl. hauptsächlich das schweizerische und das ältere französische Recht. Zum italienischen Aktienrecht vgl. CEREGHETTI S. 13. Zum belgischen Aktienrecht vgl. Das belgische Aktienrecht, eingeleitet von L. DABIN, 1964, S. 18ff, Art. 64ff.

[2] Aufsätze in: Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Bd. 39 «Europäische Handelsgesellschaft und Angleichung des nationalen Gesellschaftsrechtes», 1968, Die AG 1967 S. 95: v. GRÖBEN HANS, Auf dem Wege zur europäischen AG, Die AG 1966 S. 13: Europäisches Gesellschaftsrecht. HIRSCH A., Le projet d'une société européenne et le droit suisse, Genf 1967.

[3] HAMIAUT S. 51ff und 94ff, zum belgischen Recht vgl. PIRET, in: La società II, S. 611. HOUIN weist darauf hin, dass wohl nicht die Angleichung an das deutsche Recht das eigentliche Ziel dieser Neuregelung war, sondern dass damit die Grundlagen für den Fall einer Neuordnung der Betriebsverfassung gelegt werden sollten. Seine Kritik an den zahlreichen, einseitigen Neukodifizierungen des Gesellschaftsrechtes gerade in den Staaten der EWG erscheint berechtigt. HOUIN S. 17f.

[4] Der Entwurf für eine europäische AG wurde im Juni 1970 vorgelegt.

[5] Vgl. unter Ziff. I.

zu. Die Satzung kann besondere Vertreter für bestimmte Geschäfte vorsehen und neben dem Aufsichtsrat besondere Beiträge bestimmen.

2. Der Vorstand

Dem Vorstand ist die eigenverantwortliche und unabhängige Leitung der Gesellschaft zugewiesen. In grösseren Gesellschaften (mehr als 3 Millionen DM Grundkapital) besteht er neuerdings als gesetzliches Kollegium. Nicht übernommen wurde die Bestimmung von § 70 ADAG über den Vorstandsvorsitzenden. Dazu schliesst § 77 I NDAG die Möglichkeit des Allein- bzw. Minderheitsentscheidungsrechts des Vorsitzenden oder einer Vorstandsminderheit ausdrücklich aus. Damit hat sich das deutsche Aktienrecht vom sogenannten Führerprinzip losgemacht[1]. Nach wie vor umfasst aber die Leitung der Gesellschaft die Geschäftsführung im weitesten Sinn: «Jede auf den Betrieb des Gesellschaftsunternehmens gerichtete Tätigkeit, gleichgültig ob sie rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur ist»[2], und die Vertretung.

Eine gewisse Beschränkung der Kompetenz des Vorstandes zugunsten einer vermehrten Sicherung der Aktionäre lässt sich immerhin erkennen[3]:

- Das Auskunftsrecht des einzelnen Aktionärs gegenüber dem Vorstand wird in § 131 erweitert und genauer umschrieben.
- Geschäfte, die nach der Satzung der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen (§ 111 IV NDAG), können vom Vorstand bei Widerspruch des Aufsichtsrates der Hauptversammlung zur Entscheidung vorgelegt werden. Das Veto des Aufsichtsrates kann mit dem qualifizierten Mehr von ¾ der abgegebenen Stimmen beseitigt werden.
- Der Abschluss von Unternehmensverträgen fällt neuerdings in die Kompetenz der Hauptversammlung (§§ 340 und 293 NDAG).
- Das Recht zur Bildung beliebiger Reserven ist dem Vorstand entzogen. Wohl kann er noch die Bilanz feststellen, aber die Bildung stiller Reserven ist nach § 153 ff NDAG nicht mehr willkürlich zulässig. Offene Reserven dürfen von Vorstand und Aufsichtsrat nur noch in der Höhe von 50% des Jahresüberschusses angelegt werden, während jede weitere Reservebildung nach § 58 NDAG als Verwendung des Bilanzgewinnes angesehen wird, was gemäss § 119 Ziff. 2 NDAG in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fällt.

[1] Baumbach/Hueck § 76 Anm. 2, § 77 Anm. 5, Gessler § 77 Anm. 3, Godin/Wilhelmi § 77 Anm. 4. Die Preisgabe des Alleinentscheidungsrechts wurde mehrfach kritisiert, vgl. Jagenburg, in: Die AG 1965 S. 162.

[2] Baumbach/Hueck § 76 Anm. 8.

[3] Der Gedanke des «wirtschaftlichen Eigentums der Aktionäre» war wenigstens der politische Kernsatz, der hauptsächlich von der CDU/CSU getragenen Aktienrechtsreform von 1965. Vgl. Reg. Entwurf zum neuen Aktiengesetz S. 93, Jagenburg, in: Die AG 1965 S. 158.

Darin liegt wohl die einschneidendste und auch am häufigsten kritisierte Beschränkung der Vorstandsbefugnisse[1].

§ 77 NDAG lässt die Möglichkeit einer Verteilung der Geschäfte unter mehrere Vorstandsmitglieder offen (z.B. Übertragung der technischen oder der kaufmännischen Leitung), hat der Vorstand doch grundsätzlich das Recht, sich selber eine Geschäftsordnung zu geben. Allerdings findet nach herrschender Lehre diese Aufteilungsmöglichkeit ihre Grenze an jenen Aufgaben, die nach dem Aktienrecht nur dem Vorstand als Gesamtheit übertragen sind. Welche Aufgaben aber dazu gehören, kann aus dem Gesetz nicht abgeleitet werden. Während eine Meinung[2] die «öffentlichen» Aufgaben als solche nicht völlig delegierbare betrachtet, vertritt eine andere Gruppe von Autoren die Ansicht, es gebe bestimmte Mindestzuständigkeiten des Vorstandes[3].

Ziel dieser Aufgabenverteilung ist meist die Begründung der Alleinzuständigkeit eines Vorstandsmitgliedes für ein bestimmtes Gebiet. Anderseits wird dadurch zwangsläufig dem betreffenden Mitglied die Einwirkungsmöglichkeit auf andere Geschäftsbereiche abgeschnitten.

3. Der Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 I, § 171 NDAG). Zur Überwachung gehört nicht nur eine Prüfung der Rechtmässigkeit, sondern auch der Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Massnahmen des Vorstandes und der Angestellten. Dies beinhaltet auch ein Ratschlagsrecht, jedoch kann der Aufsichtsrat dem Vorstand wegen der auch im neuen Aktiengesetz geltenden Gewaltentrennung keine bindenden Weisungen erteilen. Über das satzungsmässige Zustimmungsrecht zu bestimmten Geschäften (§ 111 IV NDAG) haben wir bereits gesprochen.

Neben einem unbeschränkten Bücher- und Schriftenprüfungsrecht hat der Aufsichtsrat das Recht und die Pflicht, den Vorstand zu wählen und abzuberufen (§ 84 NDAG) und die Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert.

Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei von der Hauptversammlung gewählten Mitgliedern, die im allgemeinen nebenamtlich tätig sind. Nach § 107 NDAG wählt er selber aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter. Die Kompetenzen des Vorsitzenden sind allerdings beschränkt, da er nur als primus inter pares betrachtet wird. Es steht ihm keine selbständige Entscheidungsbefugnis zu. Er hat lediglich den Aufsichtsrat einzu-

[1] Baumbach/Hueck § 82 Anm. 10, Jagenburg, in: Die AG 1965 S. 165ff und dort zitierte Literatur.
[2] Vgl. z.B. Baumbach/Hueck § 77 Anm. 4.
[3] Dose S. 72ff.

berufen und bestimmte Beschlüsse ohne eigentliche Vertretungsbefugnis zu vollziehen.

Für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist § 96 NDAG von Bedeutung. In Absatz I dieses Paragraphen wird auf § 76 I des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Oktober 1952 verwiesen. Darin wird bestimmt, dass der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmern bestehe. In den grösseren Unternehmen des Bergbaues oder der eisen- und stahlerzeugenden Industrie setzt sich der Aufsichtsrat dagegen nach § 4 des Mitbestimmungsgesetzes wie folgt zusammen[1]:

4 Vertreter der Anteilseigner und ein weiteres Mitglied,
4 Vertreter der Arbeitnehmer und ein weiteres Mitglied,
1 weiteres Mitglied.

Nach allgemeiner Auffassung sind die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat den übrigen Mitgliedern völlig gleichgestellt. Es kommen ihnen die gleichen Rechte, vor allem aber auch dieselben Pflichten zu[2].

Wie der Vorstand kann auch der Aufsichtsrat Prüfungsaufgaben an einzelne Mitglieder oder besondere Sachverständige delegieren (§ 111 II NDAG). Er hat das Recht, aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse zu bilden, namentlich um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen (§ 107 III NDAG). Während verschiedene Geschäfte solchen Ausschüssen auch zur Entscheidung übertragen werden können, sind in § 107 III NDAG eine ganze Anzahl Aufgaben angeführt, welche nur dem Gesamtaufsichtsrat zur Beschlussfassung zustehen. Die Tätigkeit dieser Ausschüsse wird vom Gesamtaufsichtsrat überwacht.

4. Die Abschlussprüfer

Die Abschlussprüfung stellt neben dem Aufsichtsrat ein weiteres Kontrollorgan zur Überprüfung der Jahresabschlüsse dar. Die Sachverständigen – das Gesetz nennt sie Abschlussprüfer – werden durch die Hauptversammlung gewählt.

Die Prüfung des Jahresabschlusses und des Geschäftsberichtes durch diese Sachverständigen hat sich darauf zu erstrecken, ob die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über den Jahresabschluss (§ 162 NDAG) beachtet worden sind, ob der Geschäftsbericht die gesetzlich erforderlichen Angaben enthält und die darin enthaltenen Angaben nicht eine falsche Vorstellung von der Lage der Gesellschaft erwecken. Die Prüfung des Jahresabschlusses (Jahresbi-

[1] Für die Organschaftsverhältnisse (bei herrschenden Unternehmen) gilt das Mitbestimmungsergänzungsgesetz vom 7. August 1956, insbesondere § 5.

[2] GK (Schilling) § 99 ADAG Anm. 8, Baumbach/Hueck, Anhang zu § 96 Anm. 35, Godin/Wilhelmi § 96 Anm. 2.

lanz und Gewinn- und Verlustrechnung) hat zu erfolgen, bevor ihn der Vorstand dem Aufsichtsrat vorlegt. Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung müssen sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht (richtige Bewertung jedes Bilanzpostens!) überprüft werden. Zu diesem Zweck steht den Abschlussprüfern ein unbeschränktes Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber dem Vorstand zu. Diese Rechte gelten auch gegenüber einem Konzernunternehmen sowie gegenüber herrschenden und abhängigen Unternehmen (§ 165 IV NDAG).

Das Resultat der Prüfung ist von den Sachverständigen in einem schriftlichen Bericht zusammengefasst dem Vorstand vorzulegen. Dieser Bericht bestätigt die Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften und enthält eine Erläuterung der einzelnen Posten des Jahresabschlusses. Bei der Prüfung wahrgenommene Mängel sind ebenfalls mitzuteilen.

Nach § 164 NDAG können nur Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften Abschlussprüfer sein.

5. Die Sonderprüfer

Im Zusammenhang mit der Aufzählung der Kontrollfunktionen ausübenden Gremien muss auch auf drei Tatbestände hingewiesen werden, die das Gesetz als Sonderprüfungen bezeichnet: §§ 142, 258, 315 NDAG. In unserer Zusammenstellung interessiert hauptsächlich die in § 142 vorgesehene Möglichkeit, dass die Hauptversammlung – unter Umständen auch das Gericht – jederzeit mit einfacher Stimmenmehrheit Sonderprüfer bestellen kann zur Überprüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung. Diese Sonderprüfer unterscheiden sich von den obligatorischen Abschlussprüfern. Sie werden nur eingesetzt, um einen ganz bestimmten Geschäfts- oder Gründungsvorgang auf seine Ordnungsmässigkeit hin zu überprüfen. Allerdings ergeben sich im Rahmen dieser Prüfungsaufgabe für die Sonderprüfer ähnliche Rechte und Pflichten wie für Abschlussprüfer: z. B. Einsichts- und Auskunftsrecht gegenüber dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, schriftliche Berichterstattung, Meldung festgestellter Mängel. Die Voraussetzungen für die Wahl zum Sonderprüfer sind in § 143 NDAG weniger streng als für die Abschlussprüfer. Wenn der Gegenstand der Sonderprüfung keine anderen Kenntnisse fordert, sollen nur Personen, die in der Buchführung ausreichend vorgebildet und erfahren sind, bestellt werden.

6. Die Hauptversammlung

Die Stellung der Versammlung der Aktionäre im deutschen Recht ist schwach. § 119 NDAG, der die Rechte dieser Hauptversammlung aufzählt, schliesst jeg-

liche Einwirkungs- und Weisungsmöglichkeit auf die Geschäftsführung für die Hauptversammlung aus[1]. Immerhin hat das neue Aktiengesetz in gewisser Beziehung die Stellung der Hauptversammlung wieder gestärkt[2]. Hier wäre vor allem auf das bei der Aufzählung der Vorstandsbefugnisse erwähnte Gewinnverwendungsrecht hinzuweisen. Unternehmensverträge bedürfen der Zustimmung der Hauptversammlung. Nach wie vor kann die Hauptversammlung wenigstens mittelbar durch Wahl und Abberufung des Aufsichtsrates und durch ein Misstrauensvotum gegenüber dem Vorstand, das dann meist[3] als wichtiger Grund zur Abberufung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat betrachtet wird, auf die Geschäftsführung und die Zusammensetzung des Vorstandes einwirken. Insofern kann auch heute noch von einer übergeordneten Stellung der Hauptversammlung gesprochen werden. Tatsächlich sind ihr aber wesentliche, um nicht zu sagen die wesentlichsten Befugnisse bezüglich der Bestimmung des Geschäftsganges entzogen.

7. Die Rechtsnatur der Beziehung zwischen der AG und den Mitgliedern des Vorstandes, des Aufsichtsrates, den Abschluss- und den Sonderprüfern

7.1. *Vorstandsmitglieder*

Das Vorstandsmitglied steht nach deutschem Aktienrecht in einem eigenartigen Doppelverhältnis zur Gesellschaft. Einerseits wird es durch den Bestellungsakt zum Organmitglied, anderseits geht es gleichzeitig einen Anstellungsvertrag mit der Gesellschaft ein[4]. Die Abberufung durch den Aufsichtsrat hat nicht auch Erlöschen des Anstellungsvertrages zur Folge[5].

Meistens – nämlich immer bei Entgeltlichkeit – ist dieser Vertrag ein Dienstvertrag, dessen Inhalt sich weitgehend aus Gesetz und der Satzung ergibt[6].

7.2. *Aufsichtsratsmitglieder*

Das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft wird nach den gleichen Grundsätzen wie dasjenige der Vorstandsmitglieder beurteilt. Man unterscheidet zwischen Bestellungsakt und Anstellungsvertrag.

[1] Zur Bedeutung der Ausnahme von § 119 II NDAG vgl. oben Ziff. 2.
[2] Vgl. die Aufzählung unter Ziff. 2.
[3] Mestmäcker S. 83.
[4] Das ist wenigstens die herrschende Lehre. A. A. Godin/Wilhelmi, 2. Aufl., § 75 ADAG Anm. 2 und 7, in der dritten Auflage geben Godin/Wilhelmi diese Auffassung wieder preis. § 84 NDAG Anm. 3 und 15.
[5] Baumbach/Hueck § 84 Anm. 12, Schulz-Dornburg S. 29f.
[6] Dose S. 38ff.

7.3. *Abschlussprüfer*

Der Vorstand hat den durch die Hauptversammlung gewählten Abschlussprüfern unverzüglich den Prüfungsauftrag zu erteilen. Mit der Annahme dieses Prüfungsauftrages erlangt der Abschlussprüfer die Stellung eines Organes[1]. Gleichzeitig kommt ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Abschlussprüfer zustande, der nach der herrschenden Lehre als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Dieser hat eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand. Auch der Inhalt dieses Vertrages ergibt sich weitgehend aus dem Gesetz (§ 162 ff NDAG).

7.4. *Sonderprüfer*

Der Sonderprüfer ist nicht Organ der Gesellschaft[2]. Hingegen entsteht zwischen der Gesellschaft und den Prüfern ein Vertrag, sobald der Prüfungsauftrag angenommen wird. Bei Entgeltlichkeit ist dieser als Werkvertrag zu betrachten[3].

III. Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsrechts in der deutschen AG

1. Allgemeines

Das Verantwortlichkeitsrecht des NDAG steht auf dem Boden der Verschuldenshaftung. Immerhin ist bis heute der Gedanke einer Erfolgshaftung der Organmitglieder lebendig geblieben[4].

Das Gesetz umschreibt die Verantwortlichkeit der Mitglieder der einzelnen Organe in verschiedenen Paragraphen im Anschluss an die Regeln der Organisation und Befugnisse dieser Gremien (§§ 93, 116, 168, 144 NDAG). Grundsätzlich stellen diese Verantwortlichkeitsbestimmungen zwingendes Recht dar. Obschon sie wesentlicher Bestandteil des Anstellungsvertrages sind, sind sie nicht bloss vertragskonkretisierendes Recht. Tatsächlich wird dadurch ein von den allgemeinen Bestimmungen über die Schuldverhältnisse (insbesondere § 276 BGB) abweichendes, organschaftliches Verantwortlichkeitsrecht begründet[5]. Von wesentlicher Bedeutung für die zivilrechtliche Haftbarkeit der Organmitglieder ist die allseits anerkannte besondere Treuepflicht der verantwortlichen Personen gegenüber der von ihnen geleiteten Gesellschaft[6]. Diese

[1] BGHZ 16, 17 (25).
[2] Godin/Wilhelmi § 142 Anm. 1.
[3] Baumbach/Hueck § 142 Anm. 2, Godin/Wilhelmi § 142 Anm. 3.
[4] Mestmäcker S. 211, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 2, Schulz-Dornburg S. 109.
[5] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 3, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 3 und 4. Mestmäcker (S. 210ff) nimmt Stellung zu der lange Zeit von der herrschenden Lehre vertretenen Vertragstheorie. Golling H. J. S. 14ff.
[6] Mestmäcker S. 214, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 7, § 84 Anm. 8, Golling S. 35ff.

Treuepflicht ergibt sich aus der besonderen Vertrauensstellung und äussert sich speziell in der Geheimhaltungspflicht.

2. Die verantwortlichen Personen

Der verantwortliche Personenkreis ergibt sich aus den einzelnen Verantwortlichkeitsbestimmungen:
§ 93 NDAG für die Mitglieder des Vorstandes,
§ 116 NDAG für den Aufsichtsrat,
§ 168 NDAG für die Abschlussprüfer,
§ 144 NDAG für die Sonderprüfer.

Schliesslich regeln die §§ 46–51 NDAG die Verantwortlichkeit der bei der Gründung beteiligten Personen. Zur Verantwortlichkeit der Sonderprüfer verweist § 144 NDAG auf § 168 NDAG (Verantwortlichkeit der Abschlussprüfer), obschon die Sonderprüfer nicht in einem organschaftlichen Verhältnis zur Gesellschaft stehen[1]. Dem § 93 NDAG unterliegt schon derjenige, welcher nur als Vorstand gegen aussen auftritt, auch wenn seine Wahl nicht rechtswirksam ist.

«Die Pflichten eines Vorstandsmitgliedes beginnen mit der Annahme der Bestellung. Ob ein Anstellungsvertrag besteht, ist für die Verpflichtung und die sich daraus ergebende Haftung belanglos[2].»

3. Voraussetzungen und Umfang der Haftung

3.1. *Sorgfaltsmassstab und Verschulden*

Das Verantwortlichkeitsrecht beruht auf dem Verschuldensprinzip, d.h. es setzt die fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung einer leitenden Person voraus. Von besonderer Bedeutung ist die in § 93 NDAG umschriebene Sorgfaltspflicht:

«Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.»

Die herrschende Lehre meint, dass nicht massgebend sei, wie jeder beliebige Geschäftsmann handelt, sondern wie ein Mann in der leitenden, verantwortlichen Stellung als Verwalter fremden Vermögens als Vorstandsmitglied gerade eines derartigen Unternehmens zu handeln hat[3].

[1] Vgl. oben II Ziff. 7.4.
[2] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 5, RGZ 144, 348, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 3 und 4, Mestmäcker S. 212, z.T. a.A. Baumbach/Hueck § 93 Anm. 5.
[3] Baumbach/Hueck § 93 Anm. 6, Schlegelberger/Quassowsky § 84 ADAG Anm. 4.

Die Sorgfaltspflicht eines Aufsichtsratsmitgliedes nach § 116 NDAG ist sinngemäss diejenige eines ordentlichen Überwachers und Prüfers. Unfähigkeit und Unkenntnis schützen nicht vor Verantwortlichkeit[1]. Dagegen ist die Auffassung verbreitet, dass für die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat weniger strenge Massstäbe bei Abklärung des Verschuldens angewendet werden[2].

3.2. *Beweislast*

Eine erhebliche Erschwerung der Stellung der leitenden Persönlichkeiten besteht darin, dass – wie im Vertragsrecht – bei gelungenem Schadens- und Kausalzusammenhangsnachweis das Verschulden der beteiligten Personen präsumiert wird (§ 93 II 2. S. NDAG). Die Organmitglieder haben mithin den Nachweis ihrer gewissenhaften Pflichterfüllung zu erbringen, was in Anbetracht des Umstandes, dass bereits leichte Fahrlässigkeit zur Verantwortlichkeit genügt, oft nicht leicht sein dürfte[3].

Ob bei gesetz- und satzungswidrigen oder riskanten Massnahmen, die durch die Mehrheit der Organmitglieder beschlossen werden, der Nachweis des erhobenen Widerspruchs ausreicht, um ein Vorstandsmitglied zu entlasten, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Es fragt sich dann, ob dem betreffenden Mitglied nicht deshalb Fahrlässigkeit vorgeworfen werden muss, weil es den Aufsichtsrat nicht rechtzeitig orientierte[4].

3.3. *Gesamtschuldnerschaft*

Trotz der grundsätzlichen Einzelhaftung sind die an einer Schadensverursachung schuldigen Personen gemäss § 93 II NDAG der Gesellschaft als Gesamtschuldner verpflichtet. Wir wollen den Umfang und die Bedeutung dieser Gesamtschuld wiederum in einem besonderen Teil erläutern.

3.4. *Beschränkung der Ersatzpflicht der Abschlussprüfer*

§ 168 NDAG stellt in dem Sinne eine singuläre Bestimmung dar, als darin die Ersatzpflicht von Abschlussprüfern, die *fahrlässig* an der Verursachung eines Schadens mitgewirkt haben, auf die Summe von DM 500000.– für eine

[1] GK (Schilling) § 84 Anm. 10, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 4, RGZ 144, 355 / 163, 208 für die Genossenschaft, Mestmäcker S. 211.

[2] z. B. Baumbach/Hueck, Anhang zu § 96 Anm. 35, a. A. GK (Schilling) § 99 ADAG Anm. 8.

[3] Diese Beweislastregelung findet nach Baumbach/Hueck keine Anwendung bei der Verantwortlichkeit der Abschluss- und Sonderprüfer. § 168 Anm. 6.

[4] Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 7, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 9. Golling S. 73f. Das Vorstandsmitglied braucht nicht unbedingt sein Amt niederzulegen. Ruft es rechtzeitig den Aufsichtsrat an und hebt dieser den Beschluss des Vorstandes nicht auf, so hat das Vorstandsmitglied seiner Pflicht genüge getan.

Prüfung beschränkt wird; dies gilt auch wenn an der Prüfung mehrere Personen beteiligt sind.

3.5. *Ausschluss und Reduktion der Haftung*

3.5.1. Vertragliche Haftungsvereinbarungen

Wenn das Verantwortlichkeitsrecht zwingendes Recht darstellt, so ist damit gesagt, dass ein vertraglicher oder satzungsmässiger Ausschluss oder eine Abschwächung der Haftung nicht in Frage kommt. Eine Verschärfung der Verantwortlichkeit auf vertraglicher Basis ist dagegen zulässig[1].

3.5.2. Auswirkung der Delegation von Geschäftsführungs- und Kontrollaufgaben auf die Verantwortlichkeit

Wir haben darauf hingewiesen, dass das NDAG die Aufteilung von Geschäftsführungs- und Kontrollaufgaben unter die Vorstands- und die Aufsichtsratsmitglieder zulässt. Es herrscht aber beinahe Einigkeit darüber, dass eine solche Delegation die übrigen Mitglieder nicht von jeglicher Verantwortlichkeit freistellt. Der Gesamtvorstand und der Gesamtaufsichtsrat bleiben für die Leitung der Gesellschaft verantwortlich. Das Gesamtkollegium hat deshalb neben der Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Instruktion eine allgemeine Pflicht zur Überwachung dieser mit besonderen Befugnissen ausgestatteten Personen. Kein Mitglied könnte sich unter Hinweis auf die Geschäftsaufteilung der Verantwortlichkeit für eine gewisse allgemeine Überwachung entziehen[2].

Von besonderer Bedeutung ist diese Überwachungspflicht im Zusammenhang mit dem auch im Verantwortlichkeitsrecht bekannten Grundsatz der Gesamtschuldnerschaft[3].

3.5.3. Zustimmung eines übergeordneten Organes

Befreit die Zustimmung eines übergeordneten Organes von Verantwortlichkeit?

Das Gesetz selber schliesst die Verantwortlichkeit und die Ersatzpflicht des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft dann aus, wenn die Handlung auf einem

[1] Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 4, Dose S. 142, GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 8.

[2] Baumbach/Hueck § 77 Anm. 4, Dose S. 71, Mestmäcker S. 214, Schlegelberger/Quassowsky § 84 ADAG Anm. 11 ff, GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 21, a. A. Golling S. 51 ff.

[3] Zur Gesamtschuldnerschaft vgl. § 5. Schon hier sei auf die Ausführungen Gollings hingewiesen, der die gegenwärtige Regelung der Verantwortlichkeit wegen dieser weitgefassten Überwachungspflicht als zu streng betrachtet. Golling S. 51 ff.

In RGZ 91,72 (77) wird zugestanden, dass die Aufteilung der Funktionen dann einen Entschuldigungsgrund darstellen kann, wenn sich die Geschäftsführer aufeinander verlassen durften. Dazu auch Mestmäcker S. 214.

gesetzmässigen Beschluss der Hauptversammlung beruht (§ 93 IV NDAG)[1]. Wenn § 111 IV NDAG die Möglichkeit vorsieht, dass bestimmte Geschäfte nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden können, so schliesst diese Zustimmung die Verantwortlichkeit des Vorstandes nicht aus. § 93 IV 2. S. NDAG stellt dies ausdrücklich fest.

3.5.4. Bedeutung der Entlastung

§ 120 NDAG legt die Bedeutung des Entlastungsbeschlusses fest, der alljährlich durch die Hauptversammlung über die Tätigkeit der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates gefasst werden muss. In II 2. S. wurde klargestellt, dass ein Entlastungsbeschluss niemals einen Verzicht auf Ersatzansprüche darstellt[2]. Der Entlastungsbeschluss hat deshalb viel von seiner ursprünglichen Bedeutung eingebüsst. Er bedeutet noch die Billigung der Geschäftsführung der betreffenden Personen. Eine Verweigerung wird in der Regel einem Vertrauensentzug gleichgesetzt werden können. Die Billigung der Verwaltungstätigkeit bezieht sich nur auf jene Tatsachen, welche die Hauptversammlung aus den ihr zugänglichen Unterlagen ersehen konnte.

3.5.5. Verzicht und Vergleich

Als weitere Einreden der belangten Personen kommen ein Verzicht oder ein Vergleich seitens der Gesellschaft in Frage. Diese beiden Institute werden uns hauptsächlich beim Problem der gesamtschuldnerischen Haftung der Organmitglieder beschäftigen. § 93 IV 3. S. schliesst sowohl den Verzicht wie den Vergleich über Verantwortlichkeitsansprüche für drei Jahre seit ihrer Entstehung aus. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist (§ 93 IV 4. S. NDAG). Auch nach diesen drei Jahren muss die Hauptversammlung einem solchen Verzicht oder Vergleich zustimmen. Eine Minderheit von 10% des Grundkapitals kann sogar einen solchen Beschluss zu Fall bringen.

4. Die berechtigten Personen und ihre Klagebefugnisse

Zur Verantwortlichkeitsklage legitimiert ist in erster Linie die Gesellschaft (§ 93 II NDAG). Subsidiär kann aber der Anspruch der Gesellschaft auch durch die Gläubiger geltend gemacht werden, soweit diese von der Gesellschaft keine Be-

[1] Darüber hinaus vertritt SCHILLING die Ansicht, dass auch dann, wenn alle Aktionäre vor der Ausführung der schädigenden Handlung ihre Einwilligung gegeben haben, wenn auch nicht in einer Hauptversammlung und durch förmlichen Beschluss, eine Haftungsbefreiung stattfinden könnte. Mindestens wäre darin ein Indiz für das Fehlen eines Verschuldens zu sehen. GK (SCHILLING) § 84 ADAG Anm. 32.

[2] Die ältere Rechtsprechung nahm einen Verzicht noch an, wenn alle Aktionäre zustimmten. BGHZ 29,390, GODIN/WILHELMI § 120 Anm. 2. A.A. BAUMBACH/HUECK § 120 Anm. 7; er befürwortet weiter diese Praxis.

friedigung erlangen können (§ 93 V NDAG). Der Gläubiger macht in diesen Fällen keinen eigenen Anspruch geltend. Seine Legitimation ist einerseits durch die Höhe seiner eigenen Forderung, anderseits aber noch durch die Höhe des Gesellschaftsanspruches beschränkt[1]. In diesem Umfang kann er Leistung an sich selbst verlangen. Neben ihm bleiben die Gesellschaft und die übrigen Gläubiger aktiv legitimiert[2].

Das Klagerecht der Gläubiger ist durch § 93 V 2. S. weiter beschränkt, indem mit Ausnahme der in Abs. III aufgezählten qualifizierten Fälle diese Legitimation nur bei grober Pflichtverletzung der Organe gegeben ist. Der Ersatzanspruch der Gläubiger wird aber weder durch die Zustimmung der Hauptversammlung (§ 93 IV 1. S. NDAG) noch durch einen Verzicht oder Vergleich seitens der Gesellschaft aufgehoben (§ 93 V 3. S.).

Aktionäre sind im Verantwortlichkeitsprozess höchstens dann aktiv-legitimiert[3], wenn eine unerlaubte Handlung im Sinne von §§ 826 und 823 BGB nachgewiesen werden kann[4]. Eine unerlaubte Handlung setzt nach deutschem Recht die Verletzung eines subjektiven Rechts oder eines Schutzgesetzes voraus. Nach allgemeiner Lehre stellt § 93 NDAG kein solches Schutzgesetz dar[5].

5. Der Tatbestand von § 117 NDAG

In diesem Zusammenhang ist auf § 117 NDAG hinzuweisen, der auch den Aktionären ein direktes Klagerecht einräumt. In dieser Bestimmung ist die Verantwortlichkeit irgendeiner Person festgelegt, die durch Benutzung ihres Einflusses auf die Gesellschaft Organmitglieder, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu einem gesellschaftsschädigenden Verhalten veranlasst. Auch den Aktionären ist hier im Umfang ihres eigenen unmittelbaren Schadens (dagegen nicht für den Schaden der Gesellschaft) die Klagebefugnis zuerkannt[6].

§ 117 NDAG stellt im Rahmen des Verantwortlichkeitsrechts der deutschen AG einen selbständigen Tatbestand dar. Dies gilt insbesondere auch für das darin statuierte Gesamtschuldverhältnis zwischen der vorsätzlich ihren schädlichen

[1] Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 28, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 15 ff, GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 42 f.

[2] Ob eine Gesamtgläubigerschaft entsteht, ist umstritten.
Dafür: Schlegelberger/Quassowsky § 84 ADAG Anm. 19 und 22, RGZ 74,429.
Dagegen: Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 28, GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 48.

[3] Gemäss § 147 NDAG kann aber eine Minderheit, die 10% des Grundkapitals vertritt, die Durchsetzung der Ersatzansprüche der Gesellschaft verlangen.

[4] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 64 ff, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 3, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 8, Schlegelberger/Quassowsky § 84 ADAG Anm. 29 f.

[5] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 65 ff, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 3, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 8. Dagegen sollen §§ 399–401 NDAG solche Schutzgesetze sein, Grossfeld S. 215.
Zur Aktionärsklage vgl. Grossfeld S. 223 ff und Pflüger S. 55 ff und 61 ff.

[6] Baumbach/Hueck § 117 Anm. 4, Godin/Wilhelmi § 117 Anm. 3.

Einfluss ausübenden Drittperson und den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates (§ 117 II NDAG). Indem dieser Paragraph auch aussenstehende Personen, z.B. bei faktischen Konzernverhältnissen, dem Verantwortlichkeitsrecht unterwirft, steht der Tatbestand zwischen dem gewöhnlichen Organverantwortlichkeitsrecht (§§ 93, 116, 168, 144 NDAG) und den Verantwortlichkeitsbestimmungen bei Konzernen (§§ 309 ff NDAG)[1]. Ein Unterschied zwischen der Verantwortlichkeit dieser Drittpersonen und der Vorstands- bzw. der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich immerhin aus dem verschiedenen Verschuldensmassstab. Erst durch *vorsätzlich* schädigende Einflussnahme wird die gesamtschuldnerische Haftbarkeit dieser Drittpersonen begründet.

6. Konzernrechtliche Verantwortlichkeitsbestimmungen

Im neuen deutschen Aktiengesetz wurde zum erstenmal versucht, die verschiedenen Verflechtungsverhältnisse verbundener Unternehmen umfassend zu kodifizieren. Neben den Bestimmungen des 3. Buches des Aktiengesetzes sind die §§ 15–22 NDAG von Bedeutung, in denen die Grundbegriffe dieses Rechts verbundener Unternehmen festgehalten sind.

Die uns hauptsächlich interessierenden Verantwortlichkeitsnormen finden sich im 2. Teil des 3. Buches unter dem Titel: «Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen». Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle von Abhängigkeit:

- Die Abhängigkeit beruht auf einem Beherrschungsvertrag[2]. (Die AG unterstellt die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen, § 291 I 1. S. 1. Fall.)
- Die Abhängigkeit besteht faktisch, wobei eine gesetzliche Abhängigkeitsvermutung schon bei blossem Mehrheitsbesitz einer Unternehmung besteht (§ 17 II NDAG).

Gemäss dieser Zweiteilung regelt das Gesetz auch die Verantwortlichkeit der leitenden Personen und der Unternehmen verschieden.

6.1. *Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen §§ 308–310 NDAG)*

Ein Beherrschungsvertrag sichert dem herrschenden Unternehmen gegenüber dem beherrschten ein gesetzliches Weisungsrecht, das durch die vertretungsberechtigten Organe der herrschenden Gesellschaft ausgeübt wird (§ 308 NDAG). Nach Gesetz sind sogar Weisungen zulässig, die für die beherrschte

[1] Zum Verhältnis der Bestimmungen von § 117 und § 317 NDAG vgl. Gessler, Komm. § 117 Anm. 1, § 317 Anm. 1, Godin/Wilhelmi § 317 Anm. 1 f.

[2] Dem Beherrschungsvertrag wird in § 291 NDAG der Gewinnabführungsvertrag gegenübergestellt.

Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie dafür den Belangen des herrschenden oder weiterer konzernverbundener Unternehmen dienen.
Dieser Weisungsgewalt steht anderseits eine doppelte Verantwortlichkeit gegenüber:

- Wenn auch § 309 NDAG nicht ausdrücklich die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens für pflichtwidrige Weisungen gegenüber der beherrschten Gesellschaft feststellt, so ergibt sich diese Haftung doch aus dem Beherrschungsvertrag. Die herrschende Gesellschaft haftet sowohl für die Einhaltung der besonderen vertraglichen Schutzpflichten gegenüber der beherrschten Gesellschaft, deren Aktionären und Gläubigern als auch für die pflichtgemässe Ausübung des gesetzlichen Weisungsrechtes[1]. Als Vertragspartner könnte bei Verletzung dieser Pflichten jedenfalls die beherrschte Gesellschaft Schadenersatzansprüche geltend machen.

- § 309 NDAG statuiert die gesamtschuldnerische Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens bei pflichtwidriger Ausübung des Weisungsrechtes gegenüber der beherrschten Gesellschaft. Der Sorgfaltsmassstab ist der gleiche wie bei der Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern gemäss § 93 NDAG.
  Die Bedeutung dieser Haftungsnorm ist darin zu sehen, dass erst durch sie eine Verantwortlichkeit dieser leitenden Personen gegenüber der beherrschten Gesellschaft begründet wird[2]. Andernfalls müsste nur die herrschende Gesellschaft für deren Handeln einstehen. Durch § 309 NDAG werden diese handelnden Personen wie *Organe* der *beherrschten* Gesellschaft behandelt[3]. Ist das herrschende Unternehmen selber eine AG und haben die leitenden Personen bei Erlass pflichtwidriger Weisungen gegenüber der beherrschten Gesellschaft auch eine Pflichtwidrigkeit gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft begangen, so könnte selbstverständlich auch die gewöhnliche Vorstands- oder Aufsichtsratsverantwortlichkeit gemäss §§ 93 und 116 NDAG gegenüber der herrschenden AG aktuell werden[4].

Die Verantwortlichkeit der Organe der abhängigen Gesellschaft ist in § 310 NDAG ausdrücklich festgelegt. Diese Haftung gegenüber der beherrschten Gesellschaft ergäbe sich allerdings klar aus § 93 bzw. § 116 NDAG, da in einem Abhängigkeitsverhältnis die Überprüfung der Gesetz- und Vertragsmässigkeit der Weisungen des herrschenden Unternehmens zu den Pflichten einer sorgfältigen Geschäftsleitung der beherrschten Gesellschaft zu zählen ist[5].

[1] Baumbach/Hueck § 309 Anm. 1, Godin/Wilhelmi § 309 Anm. 2.
[2] Baumbach/Hueck § 309 Anm. 4.
[3] Würdinger, Aktienrecht, S. 291.
[4] Godin/Wilhelmi § 309 Anm. 2.
[5] Baumbach/Hueck § 310 Anm. 1, Godin/Wilhelmi § 310 Anm. 2ff.

Die Bestimmung von § 310 NDAG ist aber doch von einiger Bedeutung. Einmal wird durch sie die gesamtschuldnerische Haftung ausgedehnt, indem die beherrschte (geschädigte) Gesellschaft sowohl die aus § 309 NDAG haftbaren Personen wie ihre eigenen Organe einzeln oder zusammen für den ganzen Schaden belangen kann. Zweitens hat hier der Gesetzgeber die Klagelegitimation auf den einzelnen Aktionär ausgedehnt[1]. Allerdings kann der Aktionär nur die Ersatzleistung an die Gesellschaft verlangen (§ 309 IV 2. S. NDAG)[2].

6.2. *Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages (§§ 317 und 318 NDAG)*

Die Verantwortlichkeitsbestimmungen bei faktischen Abhängigkeitsverhältnissen sind in den §§ 317 und 318 gegenüber den Regeln der §§ 309 und 310 noch verschärft. Vor allem wird hier die Haftung des herrschenden Unternehmens ausdrücklich statuiert (§ 317 I NDAG). Eine Ersatzpflicht entsteht bei diesem Tatbestand nicht schon mit der Schadensverursachung, sondern erst dann, wenn dieser Schaden bis zum Ende des Geschäftsjahres nicht in irgendeiner Weise wieder ausgeglichen worden ist. Den Aktionären steht zudem im Umfang ihres unmittelbar erlittenen Schadens ein selbständiges Klagerecht zu. Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, dass § 317 NDAG eine Haftung ohne Verschulden begründe, weil schon die kausale Veranlassung im weitesten Sinne genüge[3]. Mit § 317 NDAG wird aber nicht eine unbeschränkte Erfolgshaftung für das herrschende Unternehmen begründet. Es besteht vielmehr nur eine Schuld- und Haftungsvermutung. Diese kann mit dem Nachweis umgestürzt werden, dass auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft die betreffende Massnahme getroffen oder unterlassen hätte (§ 317 II NDAG). Der Sorgfaltsmassstab ist damit der gleiche wie in § 93 NDAG[4]. Gleichermassen sind die gesetzlichen Vertreter der herrschenden Gesellschaft gesamtschuldnerisch mit ihr, der beherrschten Gesellschaft und ihren Aktionären verantwortlich. Diese Haftung trifft nur die direkt handelnden Vertreter, nicht etwa auch weitere Personen, welche möglicherweise ihre Überwachungspflicht verletzt haben könnten[5].

[1] Das Einzelklagerecht ist im § 309 IV NDAG geregelt. § 310 IV NDAG erklärt aber das Einzelklagerecht des Aktionärs auch gegenüber den eigenen Organen als gültig.

[2] Als zuwenig effektiv kritisiert Grossfeld dieses Einzelklagerecht, S. 222; vor allem bilde das für den Einzelaktionär unverantwortlich grosse Prozessrisiko und die blosse Aussicht auf Leistung an die Gesellschaft eine abschreckende Hürde, S. 221.

[3] Baumbach/Hueck § 317 Anm. 6, Gessler, Komm. § 317 Anm. 1.

[4] Godin/Wilhelmi § 317 Anm. 4: «Eine wirtschaftliche Fehlentscheidung wird mithin auch im Falle des § 317 nur dann zu einer Haftung führen, wenn die Sorgfaltspflicht verletzt wurde.»

[5] Godin/Wilhelmi § 317 Anm. 5.

Wiederum ist davon die Haftung dieser Vertreter gegenüber ihrem eigenen Unternehmen zu unterscheiden. Wo die herrschende Gesellschaft eine AG ist, richtet sich diese Haftung nach § 93 NDAG[1].

§ 318 NDAG statuiert auch die Verantwortlichkeit der Organpersonen der beherrschten Gesellschaft selber. Diese Verantwortlichkeit ist aber beschränkt auf den Tatbestand, dass der Vorstand im Bericht nachteilige Massnahmen betreffend die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unterdrückt (§ 318 I NDAG), bzw. dass der Aufsichtsrat bei der Prüfung dieses Berichtes seine Pflicht verletzt hat (§ 318 II NDAG). Darüber hinaus können diese Personen auch aus § 93 bzw. 116 NDAG verantwortlich werden[2].

Werden gleichzeitig Personen gemäss § 318 und § 317 NDAG verantwortlich, so besteht unter ihnen Gesamtschuldnerschaft (§ 318 NDAG).

6.3. *Eingegliederte Gesellschaften*

Für die Verhältnisse bei eingegliederten Gesellschaften[3] gelten die Weisungsbefugnisse und Verantwortlichkeitsnormen von §§ 308 II und III, 309 und 310 sinngemäss (§ 323 NDAG).

6.4. *§ 336 VIII NDAG*

§ 336 VIII NDAG verweist für die Verantwortlichkeit der Konzernabschlussprüfer auf § 168 NDAG.

7. Verantwortlichkeit bei Verschmelzung von Gesellschaften (Fusionen) (§§ 349–351 NDAG)

Kernproblem ist bei Fusionen die Frage, wie die Aktionäre und Gläubiger der übernommenen Gesellschaft gegen Pflichtwidrigkeiten ihrer ehemaligen Organe geschützt werden können. Da eine Verschmelzung zuerst rechtsgültig zustande gekommen sein muss, bevor von einer Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit diesem Vorgang gesprochen werden kann, die übernommene Gesellschaft demnach nicht mehr existiert, musste sich das Gesetz mit einer Fiktion behelfen. Die untergegangene Gesellschaft wird für solche Ansprüche wieder existent (§ 349 II NDAG). Die Ansprüche sind durch die übertragende (übernommene) Gesellschaft selbst wahrzunehmen. Dies geschieht durch einen gerichtlich bestellten besonderen Vertreter, der auf Antrag eines Aktionärs oder eines Gläubigers berufen wird (§ 350 I NDAG).

[1] Baumbach/Hueck § 317 Anm. 8, Gessler, Komm. § 317 Anm. 4.

[2] Godin/Wilhelmi § 318 Anm. 1: Auch hier hätte wohl der Tatbestand von § 93 bzw. von § 116 ausgereicht. Gessler, Komm. § 318, Baumbach/Hueck § 318 Anm. 7.

[3] Zur Eingliederung vgl. § 18 NDAG. Baumbach/Hueck, Übersicht zu § 319ff NDAG, Godin/Wilhelmi, Vorbem. zu §§ 319–327.

Materiell trifft die Organmitglieder der übertragenden Gesellschaft die gleiche Haftung für Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit der Verschmelzung, wie es die allgemeinen Verantwortlichkeitsbestimmungen vorschreiben (§§ 93 und 116 NDAG)[1]. Zwischen ihnen kann Gesamtschuldnerschaft bestehen.

Die Organpersonen der aufnehmenden Gesellschaft haften dagegen der übertragenden Gesellschaft nur nach allgemeinen Vorschriften, d.h. aufgrund von unerlaubten Handlungen. So z.B. wenn sie die Organe der übertragenden Gesellschaft getäuscht haben[2]. Die aufnehmende Gesellschaft selbst haftet der übertragenden aus Vertrag[3].

Eine Verantwortlichkeit der Organe der übertragenden Gesellschaft gegenüber der aufnehmenden besteht ebenfalls nur bei Vorliegen einer unerlaubten Handlung, z.B. Täuschung[4].

Im Gegensatz zu den Verantwortlichkeitstatbeständen bei Abhängigkeit von Unternehmen (§§ 309 und 319, 317 und 318 NDAG) besteht keine gesamtschuldnerische Haftung zwischen den Organpersonen der übertragenden Gesellschaft und der aufnehmenden bzw. deren Organen. Nach Godin/Wilhelmi sind die Verantwortlichen der aufnehmenden Gesellschaft zuerst ersatzpflichtig[5].

§ 5 Die Gesamtschuld im deutschen Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

Wie wir gesehen haben, besteht Gesamtschuldnerschaft in zahlreichen Verantwortlichkeitstatbeständen des Aktienrechts. Uns interessiert hauptsächlich die Frage, ob nach deutschem Recht eine gesamtschuldnerische Verpflichtung mehrerer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder – wie im schweizerischen Recht – die Haftung aller Verantwortlichen für den ganzen verursachten Schaden bedeutet oder ob bei der Bestimmung der Ersatzpflicht des Einzelnen Differenzierungsmöglichkeiten bestehen. Wiederum wollen wir versuchen, die Bedeutung und den Umfang der Gesamtschuld im allgemeinen deutschen Schadenersatzrecht zu erläutern, bevor wir auf das Verantwortlichkeitsrecht der AG eingehen.

[1] Godin/Wilhelmi § 349 Anm. 3, Baumbach/Hueck § 349 Anm. 2.
[2] Godin/Wilhelmi § 349 Anm. 4.
[3] Godin/Wilhelmi § 349 Anm. 1 und 4.
[4] Godin/Wilhelmi § 351 Anm. 2. Die Organmitglieder der aufnehmenden Gesellschaft haften ihrer Gesellschaft nach allgemeinen Regeln. Baumbach/Hueck § 351 Anm. 1, Gessler, Komm. § 351.
[5] Godin/Wilhelmi § 349 Anm. 5, GK (Schilling) § 243 ADAG Anm. 12.

I. Die Gesamtschuld nach allgemeinem deutschem Schadenersatzrecht

1. Der Begriff

Mehrere Schuldner können auf verschiedene Weise in einem Schuldverhältnis stehen. Es werden unterschieden[1]:
- geteilte Schuldverhältnisse,
- Gesamtschuldverhältnisse (solidarische Obligationen),
- Schuldnergemeinschaften (z. B. Gesamthandschulden).

Das Wesen der deutschen Gesamtschuld können wir folgendermassen umschreiben:

«Eine Leistung wird in der Weise geschuldet, dass von mehreren Schuldnern jeder zur ganzen Leistung verpflichtet ist ... aber so, dass nur einmal geleistet zu werden braucht[2].»

Solange der Gläubiger nicht befriedigt worden ist, kann er irgendeinen Schuldner auf das Ganze oder nur auf einen Teil, selbstverständlich aber auch alle zusammen ins Recht fassen.

Noch scheint die deutsche Lehre nicht zu einer einheitlichen Auffassung über die rechtliche Gestalt dieser Gesamtschuld gekommen zu sein. Es ist streitig, ob so viele Schuldverhältnisse bestehen, wie es Schuldner gibt (Mehrheitstheorie), oder ob gegenteils die Gesamtschuld als einheitliches Schuldverhältnis zu betrachten ist (Einheitstheorie)[3].

2. Die Entstehung der Gesamtschuldverhältnisse

Grundsätzlich sind die vertraglichen Gesamtschuldverhältnisse und jene, die durch das Gesetz angeordnet werden, zu unterscheiden[4]. Bezüglich der vertraglichen Gesamtschuld ist auf § 427 BGB hinzuweisen, der für mehrere gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichtete Schuldner die Gesamtschuld gesetzlich präsumiert. Auch mehrere zu einer unteilbaren Leistung verpflichtete Personen haften gemäss § 431 BGB gesamtschuldnerisch.

Zu den Tatbeständen gesetzlicher Gesamtschuld können die Bestimmungen von §§ 830 und 840 BGB gezählt werden, welche die Gesamtschuldnerschaft bei unerlaubter Handlung regeln. Das Gesetz ordnet Gesamtschuldnerschaft aber noch in zahlreichen weiteren Tatbeständen an, z. B. für die Haftung der

[1] Enneccerus/Lehmann § 88 S. 343, Erman, Vorbem. zu § 420 BGB Anm. 2ff, Larenz I S. 315.
[2] Enneccerus/Lehmann § 90 S. 349, Erman, Vorbem. zu § 420 BGB Anm. 3 und § 421 BGB Anm. 1, Larenz I S. 317, Palandt § 421 BGB Anm. 1.
[3] Larenz I S. 318, insbesondere Fussnote 4, Erman, Vorbem. zu § 420 BGB Anm. 3.
[4] Sörgel/Siebert § 421 BGB Anm. 2, Enneccerus/Lehmann § 92 S. 353ff.

Organe einer juristischen Person[1], bei der Vormundschaft[2] und bei der Pflegschaft[3]. Die Häufigkeit der Gesamtschuld im deutschen Recht wird meist mit ihrer den Gläubiger privilegierenden Wirkung begründet[4].

3. Die Unterscheidung: Echte/unechte Gesamtschuldverhältnisse

Ein Gesamtschuldverhältnis liegt nach deutscher Lehre nur dann vor, wenn zwischen den Schuldnern ein besonders geartetes Innenverhältnis besteht. Wo dieses fehlt, wird nur von einem «unechten» Gesamtschuldverhältnis gesprochen, welches die Anwendung sämtlicher Sonderregeln der «echten» Gesamtschuld (§§ 421 ff BGB) nicht rechtfertigt. Für die echte Gesamtschuld wird vielfach das Bestehen einer «Zweckgemeinschaft» verlangt[5]. Immerhin ist auf die Ausführungen Essers und Larenz' zu verweisen, die die Tauglichkeit dieses Abgrenzungskriteriums in Frage stellen[6].

Die Unterscheidung ist heute noch in der Lehre kontrovers. Verschiedene Autoren lehnen sie überhaupt ab und wollen neben den wirklichen Gesamtschuldverhältnissen nur «scheinbare» Gesamtschulden anerkennen[7].

Sowohl das Reichsgericht wie der Bundesgerichtshof lehnen die Anwendung der §§ 421 ff BGB für die «unechten» oder «scheinbaren» Gesamtschuldverhältnisse konsequent ab[8]. Auch die Ausgleichsregel von § 426 BGB wird nicht verwendet. Für den internen Ausgleich verweisen die Gerichte auf jene Sondervorschriften, die einen gesetzlichen Forderungsübergang des Schadenersatzanspruches auf den aus andern Gründen zur Leistung verpflichteten Dritten vorsehen[9]. Der Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld wird im übrigen nicht mehr sehr grosse Bedeutung zugemessen[10].

[1] Vgl. die §§ 42 II, 53, 88, 89 BGB, §§ 46–49, 93 II, 116, 117 NDAG, § 9 GmbHG, § 34 GenG.

[2] § 1833 II BGB.

[3] § 1915 BGB.

[4] Sörgel/Siebert § 421 BGB Anm. 1, Erman, Vorbem. zu § 420 BGB Anm. 3, Enneccerus/Lehmann § 92 S. 353.

[5] Erman § 421 BGB Anm. 2, Enneccerus/Lehmann § 90 S. 349 ff, Palandt § 421 BGB Anm. 2, RGZ 77,317 / 159,86.

[6] Larenz I S. 326, Esser § 97 f, auch Raisch in JZ 1965 S. 705, Dilcher in JZ 1967 S. 111.

[7] Sörgel/Siebert § 421 BGB Anm. 10, Larenz I S. 326, Erman § 421 BGB Anm. 2 mit weiterer Literatur, Raisch JZ 1965 S. 705 Fussnote 19.

[8] RGZ 79,288 (290) / 92,401 (408), BGHZ 13,360 (365) / 19,114 (123).

[9] BGHZ 13,360 (365) / 19,114 (125).
Kritik dieser Praxis bei Erman § 421 BGB Anm. 2. Er glaubt, dass das Gesetz die Anwendung der §§ 421 ff BGB auch in jenen Fällen zulässt, bei denen eine Verbindung der Schuldner fehlt. Auch Dilcher JZ 1967 S. 111.

[10] Sörgel/Siebert § 421 Anm. 10, Palandt § 421 BGB Anm. 2.

4. Der Umfang der Ersatzpflicht im Gesamtschuldverhältnis

4.1. *Grundsatz*

Es gehört zum Wesen der deutschen Gesamtschuld, dass jeder Schuldner für das Ganze haftet, d.h. dass alle in Höhe der ganzen Schuld bis zur völligen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sind[1]. Zweifellos heisst dies, dass alle Schuldner für den ganzen dem Gläubiger zugefügten Schaden einstehen müssen[2]. Das deutsche Schadenersatzrecht kennt – im Gegensatz zum schweizerischen – grundsätzlich nur die *volle Ersatzpflicht* des Schädigers, ungeachtet seines Verschuldensbeitrages oder der Verschuldensbeiträge anderer Personen[3].

4.2. *Rechtfertigung dieser Ganzhaftung aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung*

Die Frage der Rechtfertigung der Haftung aller Schuldner für den ganzen Schaden stellt sich hauptsächlich für die Tatbestände der Haftung Mehrerer aus unerlaubter Handlung. Bei der vertraglich stipulierten Gesamtschuld lässt sich diese Ganzhaftung leicht aus dem Willen der Schuldner ableiten. Die Gesamtschuld durch unerlaubte Handlung wird in der Regel aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung abgeleitet[4,5,6]. Da die Lehre verschiedene Tatbestände der Schädigung durch unerlaubte Handlung Mehrerer unterscheidet, wollen wir untersuchen, ob in allen diesen Tatbeständen die Gesamtschuldnerschaft mit dem Grundsatz der adäquaten Verursachung übereinstimmt.

1. § 830 I 1.S. BGB sieht Gesamtschuldnerschaft vor, wenn mehrere durch eine *gemeinschaftlich* begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben. Nach allgemeiner Auffassung setzt dies ein «bewusstes und ge-

[1] Sörgel/Siebert § 421 BGB Anm.1, Erman § 421 Anm.1, Enneccerus/Lehmann § 90 S.349.

[2] Palandt § 840 BGB Anm.2c, Erman § 830 BGB Anm.1.

[3] Larenz I S.123f, Erman, Vorbem. zu § 420 Anm.3: Ein Schädiger kann sich nicht auf das Mitverschulden eines andern Schädigers berufen. RGZ 167,76.

[4] Enneccerus/Lehmann § 247, Larenz II S.386ff und I S.124ff, Esser I § 112 S.446, Sörgel/Siebert § 830 BGB Anm.1 und 2.

[5] Zur Lehre über den massgebenden Begriff des Kausalzusammenhanges vgl. Larenz I S.124, Esser I S.298ff, Erman § 249 BGB Anm.3, Sörgel/Siebert §§ 249–253 BGB Anm.12ff. Auch die deutsche Lehre vertritt die Adäquanztheorie.

[6] Die Frage der Bedeutung des Adäquanzbegriffes im Rahmen der Lehre vom rechtlich relevanten Kausalzusammenhang, wie wir sie schon für das schweizerische Recht aufgeworfen haben, scheint in Deutschland schon seit längerer Zeit diskutiert zu werden. Dass es sich bei der Adäquanz nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität, sondern eher um die Frage der Grenze handelt, bis zu der einem Verursacher eine Haftung billigerweise und gerechterweise zugemutet oder «zugerechnet» werden darf, wird vor allem durch Larenz vertreten (NJW 55, 1009). Aber auch der Bundesgerichtshof hat schon verschiedentlich nach Zumutbarkeit und Billigkeit abzugrenzen versucht. BGHZ 2,138 / 18,288 / 3,267. Auch Venzmer S.84. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. Erman § 249 BGB Anm.3f.

wolltes Zusammenwirken» der haftbaren Personen voraus. Durch das Zusammentreffen mehrerer fahrlässiger Handlungen ist der Tatbestand somit noch nicht erfüllt[1].

Dass für die Tatbestände der Mittäterschaft, Anstiftung und Gehilfenschaft die gesamtschuldnerische Verpflichtung aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung abgeleitet wird, ist verständlich. In diesen Fällen hat gewissermassen jeder den ganzen Schaden verursacht, indem er vom Tatbeitrag des andern gewusst und darauf gezählt hat. Jedem Täter wird deshalb der volle Schaden zugerechnet[2].

2. Auch bei der sogenannten alternativen Kausalität könnte die Adäquanz des Kausalzusammenhanges zur Not noch für alle Teilnehmer bejaht werden. Darunter fallen jene Tatbestände, in denen wohl mehrere Personen an einer gefährdenden Handlung teilnahmen, aber letztlich nur eine – nicht identifizierte – Person den Endschaden herbeiführen konnte. Dafür ordnet § 830 I 2. S. BGB ebenfalls Gesamtschuldnerschaft an.

3. Schwierigkeiten ergeben sich aber bei den Tatbeständen der blossen «Nebentäterschaft»[3], d. h. in jenen Fällen, bei denen ein Schaden durch selbständige Einzelhandlungen mehrerer Personen verursacht wurde, ohne dass von gemeinschaftlicher Begehung gesprochen werden könnte. Die herrschende Lehre nimmt wenigstens dann Gesamtschuldnerschaft an[4], wenn sich die Verursachungsbeiträge der Schädiger nicht genau bestimmen lassen[5]. Dies wird damit begründet, dass jeder eine den Schaden verursachende Handlung begangen und deshalb für das Ganze einzustehen hat[6]. Aus der Sicht der adäquaten Kausalität vermag diese Begründung nicht zu überzeugen.

[1] Sörgel/Siebert § 830 BGB Anm. 4, Larenz II S. 386, Erman § 830 BGB Anm. 2, Enneccerus/Lehmann § 247 I 1.

[2] Enneccerus/Lehmann § 247 I, Sörgel/Siebert § 830 BGB Anm. 2, Larenz II S. 386, dagegen Bydlinski in AcP 158 S. 410ff.

[3] Die schweizerische Lehre spricht hier von «gemeinsamer Kausalität».

[4] Der Tatbestand der blossen Nebentäterschaft ist im Gesetz nicht geregelt, offenbar infolge eines Missverständnisses bei den Vorberatungen. § 714 S. 2 des ersten Entwurfes sah noch ausdrücklich die solidarische Haftung auch für den Fall vor, bei dem mehrere, ohne gemeinsam zu handeln, einen Schaden widerrechtlich herbeigeführt haben und sich der Tatbeitrag jedes einzelnen nicht genau bestimmen lässt. In der zweiten Kommission wurde der Ergänzungsantrag gestellt, dass auch die Fälle alternativer Verursachung der Gesamtschuldnerschaft unterstellt werden sollten. (Mugdan II S. 1095). Dass schliesslich nur der Fall der alternativen Kausalität in § 830 I 2. S. BGB aufgenommen wurde und die Tatbestände der Nebentäterschaft damit ungeregelt blieben, war sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers. Buxbaum S. 4 f, Keuk in AcP 168 S. 185 f.

[5] Erman § 830 BGB Anm. 4 in fine, Sörgel/Siebert § 830 BGB Anm. 2, Larenz II S. 386, Enneccerus/Lehmann § 247, BGHZ 17,214 (221) / 30,203 (208).

[6] Enneccerus/Lehmann § 247, Larenz II S. 386: «Sofern aber nicht festgestellt werden kann, dass der Schaden ganz oder zu einem feststellbaren bestimmten Teil von einem allein verursacht worden ist (...), muss der Schaden wiederum jedem nach seinem ganzen Umfang zur Last gelegt werden, weil jeder eine nicht wegzudenkende Bedingung gesetzt hat.» Vorsichtiger Erman § 830 BGB Anm. 4, Sörgel/Siebert § 830 BGB Anm. 2.

Man unterscheidet zwei Tatbestände der Nebentäterschaft:

a) Die verschiedenen Verursacher können so gehandelt haben, dass jede Handlung (Ursache) generell geeignet gewesen wäre, den vollen Schaden herbeizuführen;

b) oder der Schaden ist in seiner vollen Höhe wirklich nur durch das unglückliche Zusammentreffen der verschiedenen Ursachen entstanden[1].

Sogar für den Fall b) wird angenommen, dass nach den Grundsätzen des adäquaten Kausalzusammenhanges Gesamtschuldnerschaft besteht[2]. In diesem Zusammenhang erscheint die Kritik von B. KEUK gerechtfertigt[3]. Die Gesamtschuldnerschaft hat zur Folge, dass jeder Nebentäter auch mit dem Verantwortlichkeitsbeitrag des andern oder der andern belastet wird, obwohl er, anders als im Falle der Mittäterschaft, dessen Verhalten nicht mitzuverantworten hat[4].

Die einzige von der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges vertretbare Lösung wäre für diese Tatbestände die Teilhaftung[5]. Dabei bliebe allerdings die Schwierigkeit, dass sich die einzelnen Verursachungsbeiträge gar nicht genau beweisen lassen, so dass – wie schon in der Begründung des Vorentwurfes zum BGB klar ausgeführt wurde – die Gefahr bestünde, dass der Geschädigte, weil er die Höhe des von den einzelnen verursachten Schadens nicht zu beweisen vermag, überhaupt zu keinem Ersatz gelangt[6].

B. KEUK befürwortet dennoch auch für diese Tatbestände eine den Schuldnern zum Schutze des Geschädigten auferlegte Gesamtschuldnerschaft. Sie stützt sich auf jene Bestimmung des 1. Entwurfes (§ 714 2. S. 1. E.) zum BGB, die neben dem Tatbestand der alternativen Kausalität schliesslich vergessen worden ist[7,8]. Diese Auferlegung der Gesamtschuldnerschaft zugunsten und im

[1] Zur Unterscheidung wird häufig das Beispiel vom Fischsterben angeführt, welches dadurch verursacht wurde, dass zwei Fabrikanten unabhängig voneinander ihre Abwässer in einen Bach leiteten, wobei im einen Fall jede der beiden Abwassermengen zur Tötung der Fische ausgereicht hätte, im andern Fall erst die Gesamtmenge das Fischsterben herbeigeführt hat. ENNECCERUS/LEHMANN § 247, CROME S. 109 f, ERMAN § 830 BGB Anm. 4.

[2] ENNECCERUS/LEHMANN § 247, LARENZ I S. 124 ff und II S. 386.

[3] B. KEUK in AcP 168 S. 183: «Es liegt auf der Hand, dass allein die Berufung auf die Kausalität die Problematik des besonderen Tatbestandes, dass der Schaden erst durch das Zusammentreffen der unerlaubten Handlungen mehrerer Täter verursacht ist, nicht zu erfassen vermag. Die Bedingungsformeln sind vom Handeln des Alleintäters her gedacht. Die Feststellung, die Handlung des einzelnen Schädigers könne nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Schaden entfiele, lässt nicht erkennen, dass der Erfolg niemals allein durch diese Handlung hätte verursacht werden können. Auf diese Weise wird die Handlung des einzelnen Täters auf eine Stufe mit der Handlung gestellt, die von sich aus den Schaden verursacht hat.»

[4] Vgl. auch CROME S. 108 ff, BUXBAUM S. 30, KRELLER in AcP 146 S. 140.

[5] B. KEUK in AcP 168 S. 184 f. Auch das deutsche Recht kennt die im ersten Teil unserer Arbeit beim schweizerischen Recht besprochene «Überschusshaftung» nicht.

[6] Vgl. dazu B. KEUK AcP 168 S. 185.

[7] Vgl. oben zur Nebentäterschaft.

[8] KEUK AcP 168 S. 187: «Die Verpflichtung des einzelnen Nebentäters gegenüber dem Verletzten zum Ersatz des gesamten Schadens besteht nicht deshalb, weil ein jeder ohnehin für den gesamten Schaden verantwortlich und deshalb für sich auf das Ganze verpflichtet wäre. Die

Interesse des Geschädigten wird übrigens auch in der Begründung zum Vorentwurf des BGB vertreten[1].

Der Bundesgerichtshof verweist einfach auf § 840 BGB, der für das Bestehen von Gesamtschuldnerschaft die Verantwortlichkeit Mehrerer nebeneinander voraussetzt[2]. Diese Voraussetzung sei auch bei den Tatbeständen blosser Nebentäterschaft erfüllt. W. Buxbaum hat allerdings in einer gründlichen Analyse der Praxis gezeigt, dass die Gerichte nicht in allen Nebentäterschaftsfällen Gesamtschuld anzunehmen bereit sind[3].

4.3. *Die Ausnahmen vom Grundsatz der Haftung jedes Verursachers für den ganzen Schaden*

4.3.1. Summenmässige Haftungsbegrenzung

Vorerst sind jene Tatbestände zu erwähnen, bei denen die verschiedenen Verantwortlichen nicht im gleichen Umfang ersatzpflichtig sind, weil einen oder mehrere nur eine gesetzlich begrenzte Haftung trifft[4]. Gesamtschuldnerschaft besteht in diesen Fällen nur in Höhe des von allen geschuldeten Betrages[5]. Ist die Haftung einer Person nicht beschränkt, so haftet sie für den überschiessenden Betrag allein.

4.3.2. Der Tatbestand von § 254 BGB

§ 254 BGB regelt die Ersatzpflicht, wenn bei der Schadensverursachung ein Verschulden des Geschädigten selber mitgewirkt hat[6]. Dieser Bestimmung

Haftung auf Ersatz des gesamten Schadens wird dem Nebentäter vielmehr um des Verletzten willen ‚auferlegt', indem die Verantwortungsbeiträge aller Nebentäter vorübergehend zur Statuierung einer Gesamtverbindlichkeit verklammert werden. Durch die Anordnung der Haftung der Nebentäter als Gesamtschuldner wird überhaupt erst die Haftung eines jeden auf Ersatz des gesamten Schadens begründet. ...

Die Verklammerung der Verantwortungsbeiträge zum Zwecke der Begründung der Haftung des einzelnen Schädigers auf das Ganze ist somit nicht mehr als der rechtstechnische Weg, um im Interesse des Geschädigten die Bestimmung der einzelnen Verantwortungsbeiträge auf das Verhältnis der Schädiger untereinander zu verlagern.

...

Der Schädiger muss es sich gefallen lassen, dass er zur Wiederherstellung seiner Haftung entsprechend dem eigenen Verantwortungsbeitrag auf die Ausgleichung mit dem weiteren Schädiger angewiesen ist und die damit verbundenen Nachteile – vor allem auch das Risiko der Insolvenz der übrigen Schädiger – zu tragen hat.»

Der Geschädigte wird damit der Notwendigkeit enthoben, den Umfang des von jedem einzelnen Täter verursachten Schadenanteiles bestimmen und beweisen zu müssen. Dazu Keuk, a.a.O., S.186.

[1] v. Kübel, Entwurf, Recht der Schuldverhältnisse Bd. 1 (1882), S. 50 zu Abschnitt I Titel 2 III.

[2] BGHZ 17,214 (221) / 30,203 (208).

[3] W. Buxbaum S.30.

[4] Erman § 840 BGB Anm. 3. Solche Bestimmungen finden sich in zahlreichen deutschen Haftpflichtgesetzen: § 12 StrVG, §§ 7a und 7b HaftpflG, § 4 Sachschäd. HaftpflG, § 23 Luftverkehrs G.

[5] RGZ 82,436 (439) / BGHZ 18,149 (164).

[6] Keller, Mitverschulden, Sörgel/Siebert § 254 BGB Anm. 8ff (11).

kommt allgemeine Gültigkeit zu, sowohl bei Haftung aus Vertrag wie aus unerlaubter Handlung.

Der Paragraph schreibt bei Vorliegen eines Selbstverschuldens zur Ersatzbemessung eine Abwägung der Umstände, insbesondere der verschiedenen Verursachungsbeiträge, vor[1]. Wir wollen die Auswirkung von § 254 BGB für den Fall untersuchen, in welchem dem Geschädigten verschiedene Schädiger gegenüberstehen. Lehre und Praxis unterscheiden wiederum die Tatbestände der Gesamtschuldnerschaft aus gemeinschaftlich begangener unerlaubter Handlung (§ 830 I 1.S. BGB) und jene der blossen Nebentäterschaft. In einem neueren Urteil des Bundesgerichtshofes (BGHZ 30,203 [205 ff]) wurde auf diese Unterscheidung ganz besonderes Gewicht gelegt. Beim Fall der Gesamtschuldnerschaft im Sinne von § 830 I 1.S. BGB – so stellt der Bundesgerichtshof fest – rechtfertigt es sich, der Verantwortlichkeitssphäre des Geschädigten eine gemeinsame Verantwortungssphäre der Beklagten gegenüberzustellen. Die Abwägung der Mitverantwortung des Geschädigten habe hier allen Mitschädigern gegenüber insgesamt zu erfolgen[2].

«Eine solche Kumulierung der Verantwortungssphären mehrerer Schädiger mit der Folge, dass jeder im Verhältnis zum Geschädigten für den Unfallbeitrag des andern mitverantwortlich wäre, liesse sich nur rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen des § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB vorlägen, die mehreren Schädigern also den Schaden durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht hätten.»

Dagegen könne von einer gemeinsamen Verantwortlichkeitssphäre bei blosser Nebentäterschaft (i.c. hatten mehrere Kraftfahrer durch verschiedene selbständige Verkehrsverstösse einen Unfall herbeigeführt) nicht die Rede sein. In diesen Fällen sei die Abwägung der Mitverursachung gegenüber jedem Schädiger getrennt vorzunehmen[3]. Für die Ersatzbemessung legt der zitierte Entscheid BGHZ 30,203 erstmals ein recht kompliziertes Verfahren fest. Einerseits soll nämlich der Verursachungsbeitrag jedes einzelnen Schädigers demjenigen des Geschädigten gegenübergestellt werden (Einzelabwägung), anderseits müssten die Schädiger aber nicht mehr aufbringen als den Betrag, «der bei einer Gesamtschau des Unfallgeschehens dem Anteil der Verantwortung entspricht, die sie im Verhältnis zur Mitverantwortung des Geschädigten insgesamt tragen (Gesamtabwägung)»[4].

Was bedeutet diese Differenzierung für den Umfang der Gesamtschuld? Auf jeden Fall hat die Anwendung von § 254 BGB zur Folge, dass Gesamtschuld-

[1] Sörgel/Siebert § 254 Anm. 16ff, Erman § 254 BGB Anm. 6.
Auch in der deutschen Rechtslehre wird dies als Tatbestand des venire contra factum proprium behandelt. Sörgel/Siebert § 254 BGB Anm. 13.

[2] Vgl. auch Koch in NJW 1967 S. 181.

[3] BGHZ 12,213 (220) / 18,149 (164) / 30,203 (205 ff).

[4] BGHZ 30,203, Sörgel/Siebert § 840 BGB Anm. 3 und 6, Erman § 254 BGB Anm. 6, § 840 BGB Anm. 3.

nerschaft unter den Schädigern nicht mehr im Umfang des ganzen verursachten Schadens besteht, weil ja der Geschädigte für einen Teil des Schadens selber aufkommen soll.

Beim Tatbestand von § 830 I 1. S. ergibt sich der Umfang der Gesamtschuld ohne weiteres aus unseren Ausführungen: Alle Schädiger haften dem Geschädigten nur für den Betrag gesamtschuldnerisch, der nach Abzug der durch den Geschädigten zu tragenden Quote vom Gesamtschaden übrigbleibt[1]. In diesen Fällen kann also der Satz ERMANS: «Der Umfang der Ersatzpflicht kann für die einzelnen Gesamtschuldner verschieden sein»[2], wenigstens für das Aussenverhältnis keine Gültigkeit haben[3].

Kontrovers ist aber die Frage, in welchem Umfang Gesamtschuldnerschaft unter *Nebentätern* besteht, wenn den Geschädigten ein Mitverschulden trifft. Die alte – inzwischen in BGHZ 30,203 aufgegebene – Praxis ging davon aus, dass Solidarhaftung unter den Nebentätern bis zu dem Betrag besteht, den alle nach den Resultaten der «Einzelabwägung» schuldeten[4]. Gegen diese Lösung führte DUNZ[5] aus, auf diese Weise werde der Geschädigte stark benachteiligt, indem er, gemessen am Gesamtablauf des Schadensereignisses, einen viel zu hohen Betrag selber zu tragen hätte. Mit der im Entscheid BGHZ 30,203 vertretenen Kombination von «Einzelabwägung» und «Gesamtabwägung» sollte dieser berechtigten Kritik Rechnung getragen werden. Was der Bundesgerichtshof darunter versteht, wollen wir an einem Beispiel erläutern:

Es seien wiederum 3 Personen A, B, C für einen Schaden des A von DM 3000.– gleichmässig verantwortlich. Die Einzelabwägung würde zu Haftungsquoten des B und des C von je DM 1500.– führen. Denn vergleicht man nur den Beitrag des B mit demjenigen des Geschädigten A (ohne Berücksichtigung des C), so sind beide gleich verantwortlich, also je für DM 1500.–. Das gleiche Resultat ergibt sich aus der Einzelabwägung der Beiträge von C und A. Bis zum Betrag von DM 1500.– soll nach dem neuen Urteil zwischen B und C auch immer noch Gesamtschuldnerschaft bestehen. Aus der Gesamtabwägung aller drei Beiträge ergibt sich aber, dass A nur zu $^1/_3$ (DM 1000.–) verantwortlich ist und von B und C daher insgesamt DM 2000.– erhalten muss. Darum kann A, auch wenn der Erstbelangte B DM 1500.– bezahlt hat, von C noch DM 500.– verlangen.

[1] Dies ergibt sich aus BGHZ 30,203 (205ff), vgl. auch KOCH NJW 1967 S. 181. Es ist dasselbe Resultat, welches wir bei der Berücksichtigung des Selbstverschuldens gemäss Art. 44 I OR für das schweizerische Recht gefunden haben.

[2] ERMAN § 840 BGB Anm. 3.

[3] Auch der Satz in SÖRGEL/SIEBERT § 421 BGB Anm. 4: «Leistungen verschiedener Höhe können im Gesamtschuldverhältnis stehen, soweit sie sich decken», bezieht sich nicht auf diese Tatbestände.

[4] BGHZ 12,213 (220). Ein Beispiel: Sind 3 Personen A, B, C für einen Schaden des A gleichmässig verantwortlich, so ergibt die Einzelabwägung bei einem Schadensbetrag von DM 3000.– eine Verantwortlichkeit des B gegenüber A von ½ (DM 1500.–) und eine solche des C gegenüber A von ½ (DM 1500.–). Die beiden (B und C) haften je nur für DM 1500.–, aber dafür gesamtschuldnerisch.

[5] DUNZ in JZ 55 S. 727.

Diese durch die Gesamtabwägung modifizierte Schadensquote kann gemäss dem Bundesgerichtshof nur dann ermittelt werden, «wenn der Geschädigte gegen mehrere Schädiger gleichzeitig vorgeht oder wenn sich nach der Inanspruchnahme eines Schädigers die Frage stellt, was die übrigen Schädiger noch aufzubringen haben[1].» Weiter stellt der Bundesgerichtshof noch fest:

«Diese Lösung passt das in solchen Fällen entstehende Gesamtschuldverhältnis unter Wahrung seiner rechtlichen Grundstruktur den Besonderheiten des Haftpflichtrechtes an, wie sie durch das Abwägungsprinzip des § 254 BGB und verwandter Vorschriften gegeben sind, und führt zum gerechten Ergebnis, dass die an einem Unfall beteiligten den Schaden entsprechend dem Grade ihrer Verantwortung zu tragen haben.»

Auch wenn diese Lösung zu billigeren Resultaten bei der Ermittlung der Haftungsquoten führt als die alte Praxis, so kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass hier ein Haftungssystem geschaffen wurde, das mit dem Prinzip der Gesamtschuld nicht mehr viel gemein hat. Die eigenartige Kombination von Gesamthaftung und hinzutretender Einzelhaftung setzt sich jedenfalls über den grundlegenden Gedanken hinweg, nach welchem in einem Gesamtschuldverhältnis die verschiedenen Schuldner eine sogenannte Tilgungsgemeinschaft[2] bilden, d.h. mit der einmaligen Ausrichtung des Gesamtschuldbetrages auch alle übrigen Gesamtschuldner im Aussenverhältnis befreit sind[3].

Noch ist denn auch die Diskussion um den Haftungsumfang von Nebentätern bei mitwirkendem Verschulden des Geschädigten nicht zu Ende. Hauptsächlich die seltsame Einzelabwägung des Verursachungsbeitrages jedes einzelnen gegenüber dem Geschädigten wurde in jüngster Zeit in verschiedenen Aufsätzen kritisiert[4]. Keuk[5] und insbesondere Koch[6] fordern für die Tatbestände der Nebentäterschaft eine Gegenüberstellung der Gesamtbeiträge der Schädiger und des Verursachungsbeitrages des Geschädigten, wie sie bei § 830 I 1. S. BGB stattfindet. Die Gesamtschuld aller Nebentäter würde dann bis zu jenem Betrag bestehen, der nach Abzug des Verantwortlichkeitsbeitrages des Geschädigten vom Gesamtschaden übrigbleibt.

Wir können also festhalten, dass die vielfach vertretene Auffassung, die Anwendung von § 254 BGB bei Gesamtschuldverhältnissen könne dazu führen, dass die Ersatzpflicht für die einzelnen Schuldner verschieden hoch sei[7], höchstens bei der Nebentäterschaft zutreffen kann, für die das Gesetz nicht einmal

[1] BGHZ 30,203 (212). Die solchermassen modifizierte Gesamtschuld kommt der durch v. Büren für das schweizerische Recht vorgeschlagenen Überschussschuld sehr nahe.
[2] Zur Tilgungsgemeinschaft vgl. § 422 I BGB, Heck S. 239, Erman § 421 BGB Anm. 1, Larenz I S. 317f, Enneccerus/Lehmann § 88 S. 342.
[3] Kritisch in diesem Sinne auch B. Keuk AcP 168 S. 200.
[4] Koch NJW 1967 S. 181ff, Keuk AcP 168 S. 175ff, Engelhardt NJW 1959 S. 2059.
[5] Keuk AcP 168 S. 202ff.
[6] Koch NJW 1967 S. 183.
[7] Erman § 840 BGB Anm. 3, § 254 BGB Anm. 6a, Sörgel/Siebert § 421 BGB Anm. 4.

ausdrücklich Gesamtschuldnerschaft anordnet. Der Bundesgerichtshof hat zudem für eben diese Nebentäterschaftsfälle von der älteren Praxis, welche die Solidarhaftung einfach im Umfang des von allen Schädigern geschuldeten Betrages annahm, Umgang nehmen müssen. Mit der neuen, keineswegs einfachen Doppelabwägung dürfte kaum die endgültige Lösung gefunden sein.

4.3.3. § 847 BGB

Als dritte Ausnahme vom Grundsatz der Haftung jedes Schädigers für den ganzen Schaden bei Gesamtschuldnerschaft ist schliesslich § 847 BGB anzuführen. Verschiedene Schädiger können zu verschiedenen Schmerzensgeldbeträgen verurteilt werden, da die zu leistende Entschädigung für jeden gesondert zu bemessen ist[1]. In diesen Tatbeständen kann eine «verminderte» Gesamtschuld, nämlich in Höhe des von allen Verpflichteten zu tragenden geringsten Betrages, entstehen[2].

Zusammenfassend können wir zur Frage des Umfanges der Gesamtschuld feststellen, dass in Deutschland das Prinzip der Haftung jedes Gesamtschuldners für den ganzen verursachten Schaden praktisch unangetastet geblieben ist. Der Satz, dass Leistungen verschiedener Höhe im Gesamtschuldverhältnis stehen, soweit sie sich decken, gilt beinahe nur für die auch in der Schweiz bekannten Tatbestände summenmässiger Haftungsbegrenzung[3]. Die Anwendung von § 254 BGB hat bei Gesamtschuldverhältnissen keine die Haftungsquoten und damit den Gesamtschuldbetrag differenzierende Wirkung. Solidarhaftung besteht bis zu dem um die Verantwortlichkeitsquote des Geschädigten reduzierten Schadensbetrag. In den Fällen blosser Nebentäterschaft, in denen Gesamtschuld bis zum Jahre 1959 nur in Höhe des von allen geschuldeten geringeren Betrages angenommen wurde, ist die neue, komplizierte Doppelabwägung des Bundesgerichtshofes stark kritisiert. Die nach allgemeiner Auffassung erheblich den Gläubiger bevorzugende Haftung aller Gesamtschuldner für den ganzen Schaden findet ihre Korrektur im internen Ausgleichsverhältnis unter den Schuldnern.

[1] § 847 BGB schreibt vor, dass als Schmerzensgeld eine billige Entschädigung zu entrichten ist. Diese wird durch das Gericht unter Würdigung aller Umstände festgelegt. Von wesentlicher Bedeutung sind dabei die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien. Erman § 847 BGB Anm. 3 b bb, Sörgel/Siebert § 847 BGB Anm. 21.

[2] BGHZ 18,149 (164), Erman § 847 BGB Anm. 3 b bb.

[3] Wenn im Rahmen von § 847 I BGB (Schmerzensgeldansprüche gegen verschiedene Schädiger) eine Differenzierung der Haftungsbeträge durch die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse möglich ist, so kann dazu auf Art. 44 II OR verwiesen werden.

5. Der Ausgleich unter den Gesamtschuldnern

Zur Entlastung des durch den Geschädigten allein belangten Gesamtschuldners schreibt § 426 I BGB vor, dass, soweit nichts anderes bestimmt ist, die Gesamtschuldner untereinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Soweit aber mehrere Mitschädiger in verschiedenem Masse bei der Schadenszufügung beteiligt waren, wird § 254 BGB auch zur Berechnung der unterschiedlichen Ausgleichsquoten herangezogen[1]. Der Ausgleich regelt sich in diesen Fällen nach dem Ausmass der Beteiligung (Verursachungsanteil, Grad des Verschuldens). Dabei wäre es möglich, dass ein oder mehrere Gesamtschuldner im Innenverhältnis wegen ihres geringen Tatbeitrages gänzlich freigestellt werden[2]. Grundsätzlich haften die Ausgleichsschuldner nicht wieder solidarisch, sondern anteilsmässig. Allerdings bestehen zahlreiche Ausnahmen[3].

Nach herrschender Lehre und Praxis soll § 426 I BGB für die umstrittenen Tatbestände unechter Gesamtschuld keine Anwendung finden[4]. In verschiedenen Fällen ist aber eine Ausgleichsmöglichkeit doch gegeben, indem das Gesetz den Forderungsübergang im Sinne einer cessio legis auf den aus andern Gründen zur Leistung verpflichteten Dritten anordnet[5].

6. Die Bedeutung eines Erlasses oder eines Vergleiches in einem Gesamtschuldverhältnis

Ob ein zwischen dem Geschädigten und einem Gesamtschuldner abgeschlossener Erlassvertrag oder Vergleich Gesamtwirkung haben soll, d.h. sämtliche Schuldner von ihrer Leistungspflicht entbindet, steht nur dann fest, wenn der Wille der vertragsschliessenden Parteien eindeutig darauf gerichtet ist[6]. Häufig wird der Gläubiger mit einem solchen Vertrag aber nur den Vertragspartner begünstigen wollen. Wäre der privilegierte Schuldner damit endgültig von jeder Ersatzpflicht befreit, so wären die übrigen Schuldner benachteiligt, wenn sie trotzdem für den ganzen Schaden einzustehen hätten. Daher ist nach der Rechtsprechung ein persönlich wirkender Vergleich ohne Einfluss auf die Ausgleichungspflicht des Begünstigten[7]. Der Geschädigte kann also den oder die übrigen Ge-

[1] RGZ 159,89.
[2] Erman § 426 BGB Anm. 5, Sörgel/Siebert § 426 BGB Anm. 11, RGZ 136,286.
[3] Vgl. dazu Erman § 426 BGB Anm. 8, Sörgel/Siebert § 426 BGB Anm. 7.
[4] Sörgel/Siebert § 421 BGB Anm. 10, RGZ 77,323 / 92,408 / 159,89, BGHZ 13,360 (365) / 19,114 (123), vgl. auch oben Ziff. 3. A. A. Erman § 421 BGB Anm. 2, zögernd Enneccerus/Lehmann § 90 S. 351 f.
[5] BGHZ 13,360 (366).
[6] Sörgel/Siebert § 423 BGB Anm. 1, Erman § 423 BGB Anm. 1, Enneccerus/Lehmann § 94.
[7] BGHZ 12,213 (215) / 35,324.

samtschuldner für den ganzen Schaden belangen, im Innenverhältnis ist aber der befreite Schädiger auch haftpflichtig.

Dieser Auffassung ist in jüngster Zeit verschiedentlich widersprochen worden[1]. Nach WACKE[2] schliesst der echte Erlassvertrag (Erfüllungsverzicht) den Ersatzanspruch des Geschädigten in diesem Umfang aus.

«Mit dem Erlass hat G (Gläubiger) den Betrag seines Interesses um den Anteil des S_1 (Schuldner) selbst reduziert. G kann den S_2 somit nur noch abzüglich der Quote belangen, die auf den erlassbegünstigten S_1 entfällt[3].»

Auch beim persönlich wirkenden Vergleich reduziert sich die Forderung des Geschädigten um die Quote, mit der S_1 nach der wahren Rechtslage zur Tilgung der Gesamtschuld hätte beitragen müssen[4].

II. Die Gesamtschuld im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

1. Die gesamtschuldnerisch haftbaren Personen

Gegenüber dem schweizerischen Recht fällt auf, dass das neue deutsche Aktiengesetz keine Norm enthält, welche die gesamtschuldnerische Haftung aller für einen Schaden der Gesellschaft verantwortlichen Personen generell feststellt. Anordnungen von Gesamtschuldnerschaft finden sich vor allem bei den Verantwortlichkeitsbestimmungen für die an einer Gründung beteiligten Personen, für die Organmitglieder aus Geschäftsführung (§§ 93, 116, 168, 117 NDAG) und bei der Verantwortlichkeit in verbundenen Unternehmen (§§ 309/310, 317/318, 349 NDAG). § 93 NDAG ordnet aber nur unter Mitgliedern des Vorstandes, § 116 NDAG nur für die Angehörigen des Aufsichtsrates gesamtschuldnerische Haftung an. Ob unter den Mitgliedern beider Organe Gesamtschuldnerschaft besteht, wenn für einen Schaden beiden ein Vorwurf gemacht werden kann, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Ebensowenig lässt sich aus § 168 NDAG entnehmen, ob Abschlussprüfer und Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder gesamtschuldnerisch haftbar gemacht werden können. Etwas deutlicher sind die Bestimmungen über die Gründerverantwortlichkeit (§ 48 NDAG), § 117 NDAG und insbesondere jene über die Verantwortlichkeit im Konzern.

[1] WACKE in AcP 170 S.42ff, MEDICUS in JZ 1967 S.398ff, GEIGEL, Haftpflichtprozess, 12. Aufl., 10. Kapitel, Bem. 33.

[2] WACKE AcP 170 S.42ff.

[3] WACKE AcP 170 S.48, MEDICUS vertritt die Auffassung WACKES für den sogenannten Haftungsverzicht, d.h. wenn der Gläubiger mit einem oder mehreren *potentiellen* Schädigern einen Haftungsausschluss vereinbart und es nachher zu einem Unfall kommt. MEDICUS in JZ 1967 S.398ff.

[4] WACKE AcP 170 S.70.

Lehre und Rechtsprechung bejahen die Möglichkeit der Gesamtschuldnerschaft wenigstens zwischen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Fehlern in der Geschäftsführung[1]. Weniger eindeutig scheinen die Meinungen bei der Frage der Gesamtschuldnerschaft zwischen Abschlussprüfern und Vorstands- bzw. Aufsichtsratsangehörigen. Während die älteren Kommentatoren hier das Bestehen eines echten Gesamtschuldverhältnisses ablehnen[2], bejahen BAUMBACH/HUECK Gesamtschuldnerschaft[3]. Keine gesamtschuldnerische Haftung trifft die in § 117 NDAG erwähnten Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten. Ihre Verantwortlichkeit richtet sich ausschliesslich nach ihren Anstellungsverträgen[4].

Ein Spezialtatbestand ist die gesamtschuldnerische Haftung zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern ihrer Organe für ausservertragliche Schädigung, insbesondere für unerlaubte Handlungen dieser Personen[5].

2. Die Rechtsnatur dieser Gesamtschuldnerschaft

Die Gesamtschuld im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht beruht auf Gesetz. Die neuere Lehre verneint den vertraglichen Charakter dieser Verantwortlichkeitsansprüche[6]. Demgemäss kann auch nicht von einer vertraglichen Gesamtschuld gesprochen werden. In der Regel liegt auch keine Gesamtschuldnerschaft aus unerlaubter Handlung vor (§ 830 I bzw. § 840 I BGB). Dies wäre höchstens dann der Fall, wenn alle Beteiligten durch ihre Tätigkeit unerlaubte Handlungen verübt hätten.

Die Gesamtschuld des Verantwortlichkeitsrechts ist als echtes Gesamtschuldverhältnis zu betrachten, auf welches die Bestimmungen von § 421 ff BGB Anwendung finden[7]. Dies gilt auch für die Gesamtschuld unter Gründern[8], in Konzernverhältnissen[9] und für die Tatbestände von § 117 NDAG[10], obwohl gerade hier das entscheidende Kriterium der «inneren Verbindung der Verpflichtungen» bzw. das Bestehen einer Zweckgemeinschaft keineswegs

[1] GK (SCHILLING) § 84 ADAG Anm. 23 in fine, § 99 ADAG Anm. 5, SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKY § 84 ADAG Anm. 12, BAUMBACH/HUECK § 93 Anm. 8, § 116 Anm. 2, GODIN/WILHELMI § 116 Anm. 7. RGZ 159,89.

[2] SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKY § 141 ADAG Anm. 13, offenbar auch GK (MELLEROWICZ) § 141 ADAG Anm. 15.

[3] BAUMBACH/HUECK § 168 BGB Anm. 6.

[4] BAUMBACH/HUECK § 117 BGB Anm. 3.

[5] Dazu SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKY § 84 ADAG Anm. 31.

[6] Vgl. oben § 4 III Ziff. 1.

[7] ERMAN § 420 BGB Anm. 3, BAUMBACH/HUECK § 93 BGB Anm. 8, SCHLEGELBERGER/-QUASSOWSKY § 84 ADAG Anm. 12, GODIN/WILHELMI § 93 Anm. 7, § 116 Anm. 7, GK (SCHILLING) § 84 ADAG Anm. 23.

[8] GK (FISCHER) § 41 ADAG Anm. 9.

[9] GODIN/WILHELMI § 318 Anm. 3.

[10] GODIN/WILHELMI § 117 Anm. 4.

immer leicht zu bejahen ist[1]. Eine allerdings umstrittene Ausnahme ist die konkurrierende Haftung zwischen den Abschlussprüfern und den Mitgliedern des Vorstandes- bzw. des Aufsichtsrates[2].

3. Umfang dieser Gesamtschuld

3.1. *Grundsatz*

Wie gezeigt, unterliegt eine leitende Person nur dann der gesamtschuldnerischen Haftung, wenn ihr ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Auf die Schwere dieses Verschuldens kommt es aber nicht an. So begründet nach herrschender Lehre die leichteste Pflichtverletzung eines Vorstandsmitgliedes bei der Überwachung seiner Kollegen die Gesamtschuld mit demjenigen, der vorsätzlich handelt. Zweifellos bedeutet auch im Verantwortlichkeitsrecht gesamtschuldnerische Haftung: Haftbarkeit aller für den ganzen Schaden.

«Sind mehrere Vorstandsmitglieder verantwortlich, so haften diese der Gesellschaft als Gesamtschuldner, d.h. jeder *für den gesamten Schaden*[3].»

Ob und wie sich diese Ganzhaftung rechtfertigen lässt, wird in der Lehre kaum besprochen. Es scheint, dass auch hier die Gesamtschuld mit dem massgeblichen Begriff des Kausalzusammenhanges begründet wird. So heisst es im Grosskommentar:

«Auf den Grad des Verschuldens kommt es gegenüber der Gesellschaft nicht an, wenn das Verschulden des Einzelnen (z.B. durch Unterlassung der Überwachungspflicht) nur als Schadensursache mitgewirkt hat. Jeder haftet dann auf das Ganze[4].»

Wenn wir in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen über die Haftung Mehrerer aus unerlaubter Handlung zurückgreifen, so glauben wir, das deshalb tun zu dürfen, weil hier wie dort das Gesetz Gesamtschuldnerschaft zwischen mehreren Personen anordnet, die aus ganz verschiedenen Gründen für einen Schaden verantwortlich sind. In den seltensten Verantwortlichkeitsfällen wird von einem bewussten und gewollten (vorsätzlichen) Zusammenwirken im Sinne von § 830 I BGB gesprochen werden können. Dagegen springt die Ana-

[1] Zur Unterscheidung: echte/unechte Gesamtschuld vgl. oben I Ziff.3. Diese Tatbestände kommen der Nebentäterschaft sehr nahe. In der Regel kann nur einem oder einigen Verantwortlichen vorsätzlich schädigende Zusammenarbeit mit dem aussenstehenden Dritten vorgeworfen werden. Die übrigen haften wegen fahrlässiger Pflichtvernachlässigung. Ist aber damit dem Erfordernis der «inneren Verbindung» Genüge getan?

[2] Schlegelberger/Quassowsky § 141 ADAG Anm.13: Zwischen den Prüfern und dem Vorstand besteht überhaupt kein echtes Gesamtschuldverhältnis; §§ 421 ff sind nicht anwendbar. Im gleichen Sinne GK (Mellerowicz) § 141 ADAG Anm.15.

A.A. Baumbach/Hueck § 168 Anm.6, § 93 Anm.8. Ebenfalls kein echtes Gesamtschuldverhältnis soll zwischen Verwaltungsträgern einer übertragenden Gesellschaft und jenen der aufnehmenden bei Verschmelzungen bestehen. Godin/Wilhelmi § 349 Anm.5.

[3] Schlegelberger/Quassowsky § 84 ADAG Anm.12, GK (Schilling) § 84 ADAG Anm.23, Godin/Wilhelmi § 349 Anm.5.

[4] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm.23.

logie zahlreicher gesamtschuldnerischer Verantwortlichkeitstatbestände zur fahrlässigen Nebentäterschaft in die Augen. In der Regel wird auch der einer AG, den Aktionären und den Gläubigern zugefügte Schaden nur durch das unglückliche Zusammentreffen verschiedener Ursachen grosses Ausmass annehmen. Wenn z.B. über längere Zeit gewagte Spekulationsgeschäfte getätigt wurden, so wäre wohl ein grösserer Schaden durch eine aufmerksame Überwachung seitens des Aufsichtsrates und einer sorgfältigen Kontrolle durch die Abschlussprüfer zu verhüten gewesen. In solchen Tatbeständen ist das Argument, auch zwischen der geringfügigen Unterlassung und dem grossen Endschaden bestehe ein adäquater Kausalzusammenhang, fragwürdig. Auch dafür scheint uns die für die Fälle der Nebentäterschaft geäusserte Kritik von B. Keuk begründet[1].

Trotzdem lässt sich die gesetzliche Anordnung von Gesamtschuldnerschaft aus Gründen des Gläubigerschutzes rechtfertigen. Oder soll etwa die geschädigte und klagende Gesellschaft gar nichts erhalten, wenn es ihr (bzw. ihrem Untersuchungsausschuss) nicht gelingt, den Umfang des von den einzelnen Verantwortlichen verursachten Schadens genau nachzuweisen?

3.2. *Ausnahmen vom Grundsatz der Haftung aller für den ganzen Schaden*

3.2.1. Die Bedeutung von § 254 BGB im Verantwortlichkeitsrecht

Vorerst ist festzuhalten, dass der für das allgemeine Schadenersatzrecht geltende Grundsatz, dass ein Schädiger sich nicht auf ein Mitverschulden eines andern Schädigers berufen kann, auch für das Verantwortlichkeitsrecht besteht[2]. Die Berufung eines Organmitgliedes auf das mitwirkende Verschulden eines andern ist damit zum vornherein unbeachtlich[3].

Die Sachlage kompliziert sich im Organverhältnis deshalb, weil das Handeln der Organe der Gesellschaft selber zugerechnet wird. Könnte sich ein Verantwortlicher auf das Verschulden der andern Organmitglieder als einem Mitverschulden der Gesellschaft berufen und dadurch gemäss § 254 BGB eine Haftungsreduktion erwirken?

Die Frage wird für das Gesamtschuldverhältnis zwischen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates eindeutig verneint.

«In der Bestimmung des Abs. 2 Satz 1 (des § 84 ADAG), dass mehrere Vorstandsmitglieder als Gesamtschuldner haften, liegt eine Verschärfung der Haftung der

[1] Vgl. oben I Ziff. 4.2. 3.
In diese Richtung mag auch eine Bemerkung Baumbach/Huecks weisen: «Die Höhe der Haftung kann bei Aufsichtsrat und Vorstand verschieden sein, wenn der Aufsichtsrat den Schaden nur teilweise abwenden konnte» (§ 116 Anm. 2).

[2] Erman, Vorbem. zu § 420 BGB Anm. 3.

[3] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 19, Baumbach/Hueck § 93 Anm. 8.

Organmitglieder und damit zugleich eine Verstärkung des Schutzes der Gesellschaft. Daraus ergibt sich zunächst, dass ein Organmitglied sich zu seiner Entlastung nicht auf ein Verschulden eines andern Organmitgliedes des gleichen oder eines andern Organs berufen kann, auch nicht in dem Sinne, dass die Gesellschaft für den Schaden mitverantwortlich sei, weil er durch eines ihrer (anderen) Organe oder Organmitglieder mitverschuldet sei, § 254 BGB. Die Gesellschaft soll durch die Haftungsvorschriften der §§ 84, 99 gerade gegen Pflichtvernachlässigung ihrer Organe geschützt werden; haben mehrere Organe oder Organmitglieder durch ihr Verhalten den Schaden verursacht oder mitverursacht, so sollen sie für einander eintreten. Einer haftet für den andern[1].»

Kontrovers scheint aber die Anwendung von § 254 BGB bei konkurrierender Verantwortlichkeit von Abschlussprüfern und Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern. Während ältere Kommentatoren den Abschlussprüfern die Berufung auf § 254 BGB (im Aussenverhältnis) gestatten[2], wird dies in der neueren Lehre ebenfalls abgelehnt[3].

Der Bundesgerichtshof hat die Organqualität der Abschlussprüfer bestätigt[4], allerdings mit der Bemerkung, dass der Prüfer die Gesellschaft durch sein Handeln nicht gemäss § 31 BGB haftbar mache. Aus dem Sinn und Zweck aller Verantwortlichkeitsbestimmungen, nämlich dem Schutz der Gesellschaft gegen Pflichtvernachlässigungen ihrer Organe, müsste u. E. aber auch die Berufung des Abschlussprüfers auf § 254 BGB gegenüber der Gesellschaft abgelehnt werden. Daraus wäre zu schliessen, dass im Verantwortlichkeitsprozess der Gesellschaft gegen ihre Organe die Einrede des Selbstverschuldens nur möglich ist, wenn die *Aktionäre* eine pflichtwidrige Handlung veranlasst oder geduldet haben. Im ersten Falle, d. h. bei einem gesetzmässigen Beschluss der Hauptversammlung, ist eine Verantwortlichkeitsklage überhaupt ausgeschlossen (§ 93 IV NDAG). Bei der blossen Duldung pflichtwidriger Handlungen durch Nachlässigkeit müsste man sich fragen, ob das Selbstverschulden der Gesellschaft – analog zu den Tatbeständen von § 830 I 1. S. BGB – die Ersatzpflicht aller Verantwortlichen pauschal reduziert oder ob – im Sinne von BGHZ 30,203 (Nebentäterschaft) – eine Einzel- und eine Gesamtabwägung vorzunehmen sei. Obschon diese Tat-

[1] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 19, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 23, Schlegelberger/Quassowsky § 42 ADAG Anm. 4, RGZ 123,322 / 144,348: Ein Aufsichtsrat kann sich auch nicht darauf berufen, er sei vom Vorstand arglistig getäuscht worden. Die Verantwortlichkeitsbestimmungen haben ja gerade den Sinn, die Gesellschaft gegen Pflichtwidrigkeiten zu schützen. Auch RGZ 148,362.

[2] Schlegelberger/Quassowsky § 141 ADAG Anm. 13: «Der Prüfer hat aber in allen Fällen, in denen ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten der Verwaltungsträger der Gesellschaft vorliegt, die Einrede des mitwirkenden Verschuldens gemäss § 254 BGB.» Auch GK (Mellerowicz) § 141 ADAG Anm. 15.

[3] Baumbach/Hueck § 168 Anm. 6: «Bei mitwirkendem Verschulden des Vorstandes oder Aufsichtsrates haften deren Mitglieder nach §§ 93, 116 gesamtschuldnerisch mit den Abschlussprüfern. § 254 ist zugunsten der Abschlussprüfer nicht anwendbar, da auch sie Organe der Gesellschaft sind, ...» Ebenso Godin/Wilhelmi, 2. Auflage, zu § 141 ADAG.

[4] BGHZ 16,17 (25).

bestände jenen der Nebentäterschaft sehr nahe stehen, ist nicht anzunehmen, dass sich die deutschen Gerichte im Verantwortlichkeitsprozess auf das komplizierte und umstrittene Verfahren einer Einzel- und einer Gesamtabwägung einlassen würden. Die Gesamtschuld des Verantwortlichkeitsrechts ist übrigens eine echte, auch wenn die «bewusste Zweckgemeinschaft», wie sie für § 830 I 1.S. BGB gefordert wird, nicht immer vorliegt. Das Selbstverschulden der Gesellschaft würde demnach wie bei § 830 I 1.S. BGB zu einem pauschalen, gegenüber allen Verantwortlichen wirkenden Abzug führen.

3.2.2. Summenmässige Ersatzbeschränkung für Abschlussprüfer

Eine bedeutende Ausnahme vom Grundsatz der Haftung aller für den ganzen Schaden stellt § 168 II NDAG dar, in welchem die Ersatzpflicht aller Abschlussprüfer, die fahrlässig gehandelt haben, auf DM 500000.– für eine Prüfung beschränkt wird. Diejenigen, die vorsätzlich gehandelt haben, haften daneben in voller Höhe. Die Ersatzpflicht würde sich demnach folgendermassen gestalten:

Ein vorsätzlich handelnder Prüfer hätte für einen Schaden von DM 1000000.– voll einzustehen. Bis zum Betrage von DM 500000.– haften die fahrlässig Handelnden als Gesamtschuldner mit ihm. Bezahlt der erstere DM 500000.–, so sind auch sämtliche fahrlässig Handelnden gegenüber dem Geschädigten befreit. Bezahlt der vorsätzlich Handelnde nur DM 200000.–, bleiben die übrigen im Betrage von DM 300000.– als Gesamtschuldner haftbar[1].

Hier ist also eine Differenzierung der Haftungsbeträge unter Gesamtschuldnern möglich, allerdings nicht im Sinne einer Differenzierung nach dem individuellen Verschuldens- oder Verursachungsbeitrag. Die Haftungsbeschränkung wird vielmehr für eine bestimmte Schuldnerkategorie generell festgesetzt[2].

4. Der interne Ausgleich

Wie bei den Gesamtschuldverhältnissen des allgemeinen Schadenersatzrechtes richtet sich der Ausgleich unter den Verantwortlichen grundsätzlich nach § 426 BGB, d.h. der Schaden wird anteilsmässig auf die Schuldner verteilt. Allerdings findet bei ungleichem Verursachungs- bzw. Verschuldensbeitrag auch § 254 BGB Anwendung[3].

[1] Godin/Wilhelmi § 168 Anm. 6, GK (Fischer) § 42 ADAG Anm. 19.

[2] Zweifel an der Rechtfertigung dieser Sonderbestimmung äussert Fischer in GK § 42 ADAG Anm. 19.

[3] GK (Schilling) § 84 ADAG Anm. 23, Baumbach/Hueck § 310 Anm. 3, Schlegelberger/Quassowksy § 84 ADAG Anm. 12, Godin/Wilhelmi § 93 Anm. 7, RGZ 159,89 (für die Genossenschaft).

5. Vergleich und Verzicht

Für die Wirkungen eines Vergleiches und Verzichtes zwischen der Gesellschaft und einem oder mehreren Verantwortlichen auf das Gesamtschuldverhältnis können wir auf unsere Ausführungen zum allgemeinen Schadenersatzrecht verweisen. Nochmals sei aber betont, dass ein solcher Verzicht und Vergleich über Verantwortlichkeitsansprüche frühestens drei Jahre nach der Entstehung des Anspruches und auch dann nur unter erschwerten Bedingungen abgeschlossen werden kann (§ 93 IV NDAG). Ein solcher Verzicht oder Vergleich hat gegenüber den Ansprüchen der Gläubiger keine Wirkung (§ 93 V NDAG).

§ 6 Zusammenfassung für das deutsche Recht

Wir können feststellen, dass die strengen Organisationsnormen des deutschen Aktienrechts zu einer wirksameren Aufgabenteilung als im schweizerischen Recht führen. Darin liegt auch der Ansatzpunkt zu einer klaren Verantwortlichkeitsteilung.

I. Haftungsentlastende und haftungsreduzierende Einreden, welche sich aus der gesetzlichen Organisation der AG ergeben, und ihre Wirkung

1. Die Berufung auf den Entlastungsbeschluss der Hauptversammlung

Das deutsche Aktiengesetz legt in § 120 II 2.S. ausdrücklich fest, dass ein Entlastungsbeschluss niemals einen Verzicht auf Ersatzansprüche darstellt. Noch deutlicher als im schweizerischen Recht ist damit die Unbehelflichkeit der Einrede der durch die Hauptversammlung gewährten Entlastung festgestellt. Die Berufung darauf nützt einem Belangten nichts.

2. Zustimmung eines übergeordneten Organes

Der Vorstand der deutschen AG wird durch die Zustimmung des Aufsichtsrates zu einem Vorstandsgeschäft in seiner Eigenverantwortlichkeit nicht entlastet (§ 93 IV 2.S. NDAG). Nur durch eine Zustimmung der Hauptversammlung, welche auf einem gesetzmässigen Beschluss beruht, kann die Verantwortlichkeit bzw. die Ersatzpflicht des Vorstandes dahinfallen.

3. Die Auswirkung der Delegation von Aufgaben auf die Verantwortlichkeit

Nach der herrschenden Lehre führt auch in Deutschland die Aufgabenaufteilung, und -delegation nicht zur völligen Entlastung der delegierenden Instanz von jeder Verantwortlichkeit. Diese hat umfassende Überwachungs- und Aufsichtsfunktionen wahrzunehmen[1].

II. Gestalt und Umfang der Gesamtschuld im Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

1. Wesen der Gesamtschuld

Gesamtschuldnerschaft nach deutschem Recht heisst: eine Leistung wird in der Weise geschuldet, dass von mehreren Schuldnern jeder zur ganzen Leistung verpflichtet ist, aber so, dass nur einmal geleistet werden muss.

Auch das deutsche Recht unterscheidet zwischen echter und unechter Solidarität. Dieser Unterscheidung wird aber keine grosse Bedeutung zugemessen. Im unechten Gesamtschuldverhältnis sollen die §§ 421 ff BGB keine Anwendung finden. Die Gesamtschuld des Verantwortlichkeitsrechts wird als echte bezeichnet.

Ein wesentlicher Unterschied zum schweizerischen Recht besteht darin, dass das deutsche Aktienrecht keine generelle Norm kennt, welche die gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit aller leitenden Personen einer Gesellschaft für einen Schaden festlegt. Nur in Einzelbestimmungen wird die Gesamtschuld der Mitglieder einzelner Gremien (z. B. des Vorstandes § 93 oder des Aufsichtsrates § 116 NDAG) statuiert. Die Lehre und die Rechtsprechung haben diesen Grundsatz dahingehend erweitert, dass auch Mitglieder verschiedener Organe untereinander gesamtschuldnerisch haftbar werden können.

2. Umfang der Gesamtschuld

Wie im schweizerischen Recht haben Gesamtschuldner in Deutschland für den ganzen dem Verletzten zugefügten Schaden einzustehen. Diese Haftung für den ganzen Schaden wird aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung abgeleitet, doch vermag diese Begründung in den Fällen blosser sogenannter «Nebentäterschaft» nicht zu überzeugen. Gesamtschuldnerschaft führt in diesen Tatbeständen zu einer Überbelastung des einzelnen Verantwortlichen. Ein fundamentaler Unterschied zum schweizerischen Recht liegt aber darin, dass

[1] Vgl. immerhin GOLLING S. 51 ff und MESTMÄCKER S. 214, auch RGZ 91,72 (77) / 98,98 (für die GmbH).

das deutsche Schadenersatzrecht grundsätzlich nur die volle Ersatzpflicht des Schädigers, ungeachtet dessen Verschuldensbeitrages oder der Verschuldensbeiträge von Drittpersonen kennt. Eine differenzierende Ersatzbemessung nach individuellem Verursachungs- bzw. Verschuldensbeitrag im Rahmen der Gesamtschuld wird in Deutschland nicht diskutiert. Dem bezahlenden Schuldner steht – wenigstens in den Tatbeständen echter Gesamtschuldnerschaft – der Rückgriff gemäss § 426 BGB auf die übrigen offen.

Vom Grundsatz der Haftung aller Verantwortlichen für den ganzen Schaden gibt es aber Ausnahmen. Als solche ist einmal die in Deutschland häufiger anzutreffende summenmässige Haftungsbegrenzung zu nennen. Die bedeutendste Ausnahme ergibt sich aus der Anwendung von § 254 BGB, d.h. in jenen Tatbeständen, in welchen den Geschädigten ein Selbstverschulden trifft. Dieses Selbstverschulden muss sich der Geschädigte anrechnen lassen. Es hat eine Reduktion der Ersatzpflicht der übrigen Verantwortlichen zur Folge. Diese Reduktion wird nicht in allen Fällen gleich vorgenommen: bei den Tatbeständen von § 830 I 1.S. BGB führt das konkurrierende Selbstverschulden dazu, dass der Haftungsbetrag aller Schädiger gesamthaft und pauschal herabgesetzt wird. Dagegen wird in den Tatbeständen blosser Nebentäterschaft seit BGHZ 30,203 (205 ff) die Ersatzpflicht der Schädiger durch eine komplizierte Einzel- und Gesamtabwägung ermittelt. Dieses Verfahren ist aber verschiedentlich angefochten worden.

Die Gesamtschuld in den Verantwortlichkeitstatbeständen der AG besteht ebenfalls im Umfang des ganzen verursachten Schadens. Es gelten die eben erwähnten Grundsätze des allgemeinen Schadenersatzrechts. § 168 II NDAG bildet insofern eine Ausnahme, als darin die Ersatzpflicht aller fahrlässig handelnden Abschlussprüfer auf DM 500000.– für eine Prüfung beschränkt wird. Für eine bestimmte Kategorie von Schuldnern ist damit eine Solidarhaftung nur bis zu einem bestimmten Betrag möglich; vorsätzlich handelnde Abschlussprüfer oder andere Verantwortliche haben für den ganzen Schaden einzustehen. Von individueller Differenzierung kann demnach nicht gesprochen werden.

Obschon die Verantwortlichkeitstatbestände denjenigen blosser Nebentäterschaft des allgemeinen Schadenersatzrechts in mancher Hinsicht ähnlich sind, haben wir festgestellt, dass eine Berücksichtigung des Selbstverschuldens einer klagenden Gesellschaft analog zu den Tatbeständen von § 830 I 1.S. BGB pauschal vorgenommen würde und nicht durch eine schwierige und umstrittene Gesamt- oder Einzelabwägung.

Von einer Differenzierung der Haftungsbeträge der einzelnen Verantwortlichen im Rahmen der Gesamtschuld kann also auch im deutschen Recht nicht die Rede sein.

2. Kapitel: Das französische Recht

§ 7 Die Grundzüge der Organisation und des Verantwortlichkeitsrechts der französischen AG

I. Allgemeines

Die während des ganzen 19. Jahrhunderts in Frankreich praktisch unangefochten gebliebene Auffassung über die vertragliche Grundlage aller mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Gesellschaften wurde erst durch die sogenannte Institutionenlehre MAURICE HAURIOUS in Frage gestellt[1]. Gegenstand dieser Lehre ist die Frage der Natur der zwischenmenschlichen Beziehungen, z. B. zwischen den Mitgliedern der Personenverbände, unabhängig von der Frage des rechtlichen Charakters dieser Personenverbände im Verkehr mit Dritten. Leitmotiv in dieser «institution» ist eine zentrale Idee, um die sich – zu ihrer Verwirklichung – eine Organisation bildet. Diese leitende Idee wird zum tragenden Gedanken, welcher die Menschen in ihrem Handeln verbindet[2].

In Frankreich fand die Institutionenlehre zu Beginn dieses Jahrhunderts viele Anhänger[3]. Im Anschluss an die Institutionenlehre gewann auch die Organtheorie gegenüber der ebenfalls langezeit unbestrittenen Lehre vom Mandatsverhältnis[4] zwischen den Gesellschaftern und den die Gesellschaft leitenden Personen bedeutend an Boden[5]. Sie darf seit der Neuregelung des Organisationsrechtes der AG durch die Gesetze von 1940 und 1943 wohl auch als in Frankreich vorherrschend bezeichnet werden[6].

[1] PRÜM S. 5, GRANGER, Einleitung und S. 50, 71, WIELAND, Handelsrecht I, S. 398, EGGER, Komm., Vorbem. zu Art. 52 ZGB N. 17. Zur Institutionenlehre MAURICE HAURIOUS vgl. ZUMSTEIN FRIEDRICH.

[2] ZUMSTEIN S. 41 ff.

[3] Auch PRÜM S. 9 ff.

[4] Das loi sur les sociétés von 1867 sprach in zahlreichen Artikeln von einem «mandat», z. B. Art. 22, 32 und 43.

[5] GRANGER S. 71 und 82: «... de même que l'analyse en un contrat de mandat des rapports juridiques existant *entre les actionnaires et les commissaires* était une conséquence de la conception contractuelle de la société par actions, de même la théorie de l'organe n'est-elle qu'un des aspects de la théorie institutionnelle de la société par actions.» GRANGER verweist übrigens zur Organtheorie auf das deutsche Recht S. 90.

[6] Vgl. PRÜM S. 9 ff, DALSACE S. 110, RIPERT/ROBLOT S. 640.

II. Die Organisation der französischen AG

1. Allgemeines

Bis zum Jahre 1966 fanden sich die Bestimmungen über die französische AG in zahlreichen kleinen und grösseren Gesetzen und Verordnungen[1]. Wesentlicher Bestandteil des neuen loi sur les sociétés vom 24. Juli 1966 bildet die Neuordnung der Verwaltung der AG durch die Einführung des zweiten Organisationstypus nach deutschem Muster. Nach wie vor steht aber auch das überlieferte Organisationsmodell für Neugründungen zur Verfügung.

2. Die «alte» AG mit dem conseil d'administration

2.1. Dem conseil d'administration als einem kollegialen Verwaltungsorgan (mindestens 3, höchstens 12 Mitglieder) ist die «gestion» der Gesellschaft übertragen, d. h. alle Geschäftsführungsmassnahmen, die im Rahmen des Gesellschaftszweckes liegen und die nicht der Versammlung der Aktionäre zustehen[2]. Darin enthalten ist eine allgemeine Überwachungspflicht gegenüber der direction générale[3].

2.2. Der conseil d'administration ernennt aus seiner Mitte einen Präsidenten[4], der die direction générale, also die Verwaltung der Gesellschaft, unter eigener Verantwortung und die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten führt (Art. 113 I l. s. s., modifiziert durch Art. 17 loi du 12 juillet 1967). Im Rahmen des Gesellschaftszweckes verfügt er über alle Kompetenzen, die nicht ausdrücklich der Aktionärsversammlung vorbehalten sind «ainsi que des pouvoirs qu'elle (la loi) réserve de façon spéciale au conseil d'administration».

2.3. Auf Vorschlag des président kann der conseil eine natürliche Person beauftragen, dem président als directeur général beizustehen. Umfang und Dauer der Befugnisse dieses directeur werden durch den conseil im Einvernehmen mit dem président bestimmt (Art. 117 l. s. s.). Gegenüber Dritten verfügt er über die gleichen Vollmachten wie der président.

Die Umschreibung und die Abgrenzung der Kompetenzen einerseits des conseil d'administration, anderseits des mit der direction général betrauten président und dessen Stellvertreter, dem directeur général, gelang auch im neuen Gesetz von 1966 bzw. 1967 nicht mit genügender Klarheit. Die doppelte Stellung des

[1] Grundlage war das loi sur les sociétés von 1867; Houin S. 3.
[2] Art. 89 und 98 l. s. s., Staber, in: Die AG 1967 S. 9f, Dalsace N. 149.
[3] Dalsace N. 149, Ripert/Roblot N. 1294.
[4] Der «président du conseil d'administration» war bereits durch das Gesetz vom 16. November 1940 unter dem Titel «président directeur général» eingeführt worden.

président als dem conseil übergeordnete und ihn leitende Instanz und seine Abhängigkeit vom conseil (Art. 110 II l. s. s.) wurde denn auch, neben der unklaren Aufgabenverteilung (gestion-direction) mehrfach kritisiert[1]. Praktisch wird der conseil immer den Anträgen des président folgen[2]. Die Schwierigkeit, hier eine klare Zuständigkeitsordnung gesetzlich zu normieren, mag auch Anlass zur Einführung des zweiten Organisationstypes gewesen sein.

2.4. *Weitere Beauftragte*

Bei zeitweiliger Verhinderung oder beim Tod des président kann der conseil d'administration eines seiner Mitglieder mit der Führung dieses Amtes beauftragen. Auch die noch im Gesetz von 1940 vorgesehene Bildung besonderer «comités de direction et d'études» zur Prüfung besonderer Fragen wird durch das neue Gesetz nicht ausgeschlossen (positive Regelung im Gesetz von 1967 Art. 90). Die Einsetzung eines solchen comité fällt in die Kompetenz des conseil d'administration.

Die Delegierung ganz bestimmter Aufgaben an Mitglieder des conseil oder an Dritte sieht Art. 107 l. s. s. ausdrücklich vor.

Nicht zu verwechseln mit dem directeur général ist der directeur technique oder der directeur commercial.

3. Die «neue» AG; directoire und conseil de surveillance

In der «neuen» französischen AG leitet das «directoire» die Gesellschaft unter der Aufsicht eines conseil de surveillance. Die Mitglieder des directoire (höchstens fünf) werden durch den conseil de surveillance, dieser wiederum durch die ordentliche Aktionärsversammlung gewählt. Vertreten wird die Gesellschaft normalerweise durch den président du directoire bzw. durch den directeur général unique bei Gesellschaften mit kleinem Aktienkapital (unter 200000 ffr.) (Art. 120 und 126 l. s. s.).

Obschon mit dieser Organisationsform die Grundlage für eine klare Kompetenzordnung gegeben ist, indem einerseits dem directoire die gesamte Geschäftsleitung im Rahmen des Gesellschaftszweckes mit Ausnahme der Zuständigkeiten des conseil und der Aktionärsversammlung übertragen ist, anderseits die ausschliessliche und ständige Überwachungspflicht des conseil de surveillance statuiert wird, so ist diese Aufgabenaufteilung nicht so streng wie im deutschen Aktienrecht. Insbesondere wurde die starke Stellung der Aktionärsversammlung durch das neue Gesetz nicht berührt. Diese hat eine direkte Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsleitung durch das Recht der jederzeitigen

[1] Dalsace N. 150, Ripert/Roblot N. 1289, 1294, 1308, Hamiaut S. 52.
[2] Ripert/Roblot N. 1260, 1308.

Abberufung der Mitglieder des directoire und des conseil de surveillance und durch die Verpflichtung des directoire, jährlich an sie Bericht zu erstatten[1].

4. Die commissaires aux comptes

Bei beiden Organisationstypen ist die Aufgabe der Bücher-, Bilanz- und Berichtsprüfung besonderen commissaires aux comptes übertragen. Ob diese commissaires auch eine kritische Würdigung der Geschäftsführung und der allgemeinen Situation der Gesellschaft vorzunehmen hätten, war in der Lehre lange Zeit umstritten[2]. Heute ist die Aufgabe dieser Prüfer im wesentlichen rechnerischer Natur[3].

Die Wählbarkeitsvoraussetzungen für das Amt der commissaires wurden durch das Gesetz von 1966 erschwert. Es war ein Hauptziel der Reform, einen eigentlichen Berufsstand qualifizierter Wirtschaftsprüfer zu schaffen. Ab 1974 können nur noch Personen für dieses Amt gewählt werden, die in einer besonderen Liste aufgeführt sind[4].

5. Die Aktionärsversammlung

Bereits haben wir auf den relativ grossen Einfluss der französischen Aktionärsversammlung auf die Geschicke der Gesellschaft hingewiesen. Das französische Aktienrecht unterscheidet zwischen der für die Fragen der Rechnungslegung und der Ernennung von Verwaltungsratsmitgliedern zuständigen *ordentlichen* Aktionärsversammlung und der für Satzungsänderungen und Nationalitätsveränderungen kompetenten *ausserordentlichen* Aktionärsversammlung.

6. Die Rechtsstellung der leitenden Personen

Die alte Lehre, die die Mitglieder der Verwaltung als Mandatare der Aktionäre, den président als blossen Substituten betrachtet[5], ist auch heute noch verbreitet[6], wird aber von den Anhängern der Institutions- und Organtheorie bekämpft[7]. Die Wahl eines administrateur wird heute meist nicht mehr als Vertragsabschluss, sondern als Bestellung eines Organes aufgefasst. Dem prési-

[1] Houin S. 17, Ripert/Roblot N. 1311.
[2] Vgl. Prüm S. 87ff und dort zitierte Literatur.
[3] Jura Europae Nr. 126 (30.10.44), Staber, Die AG 1967 S. 14.
[4] Staber, in: Die AG 1967 S. 14.
[5] Ripert/Roblot N. 1296, Prüm S. 9ff. Art. 22, 32 und 43 loi de 1867.
[6] Jura Europae: Zur französischen AG Nr. 76 (30.10.29).
[7] Ripert/Roblot N. 1287.

dent wird eine unabhängige, aus dem Gesetz abgeleitete organähnliche Stellung zugeschrieben[1].

Im Zusammenhang mit der Organtheorie wird häufig von einem «mandat légal» gesprochen, dessen Umfang sich aus dem Gesetz und den Statuten ergibt[2]. Die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Gewählten und der Gesellschaft beurteilen sich daher weitgehend nach den Regeln des mandat public[3].

III. Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsrechts der französischen AG

1. Zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit

Durch die Handlungen der leitenden Personen wird in erster Linie die Gesellschaft verpflichtet. Nur in denjenigen Fällen, in denen diesen handelnden Personen ein schwerer Pflichtverstoss zur Last gelegt werden kann, gibt das Gesetz den geschädigten Personen, insbesondere natürlich der Gesellschaft selbst, die Möglichkeit, auch auf das Vermögen dieser Personen zu greifen[4].

Eine grosse Bedeutung kommt im französischen Aktienrecht den zahlreichen strafrechtlichen Bestimmungen zu, die eine ganze Anzahl verpönter Handlungen der leitenden Organe mit recht strengen Vermögens- und Freiheitsstrafen bedrohen. Es ist klar, dass diese strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen besonders geeignet sind, die Interessen der Mitglieder und Drittgläubiger einer Gesellschaft an der geordneten Verwaltung ihres Vermögens zu schützen, um so mehr, als gerade die Tätigkeit der leitenden Personen nicht einer besonders scharfen Kontrolle unterliegt und Handel und Verkehr oft rasche Entscheidungen und das Eingehen erheblicher Risiken notwendig machen[5]. Das neue Gesetz widmet diesem aktienrechtlichen Strafrecht verschiedene Abschnitte[6]. Die zivilen Verantwortlichkeitsbestimmungen nehmen dagegen einen bescheidenen Raum ein. Das Gesetz sieht im wesentlichen bloss neun Artikel vor (Art. 242–250 l.s.s.), deren Inhalt uns in diesem Zusammenhang besonders interessiert.

[1] Ripert/Roblot N. 1297, Dalsace bezeichnet ihn als employé de la personne morale étant son employeur. S. 125 N. 150.
[2] Prüm S. 11 und dort zitierte Literatur, Ripert/Roblot N. 1287.
[3] Ripert/Roblot N. 1287, Prüm S. 11.
[4] Lyon-Caen et Renault II, 2. Auflage, N. 824, Hamel/Lagarde I N. 659.
[5] Hamel/Lagarde I N. 659.
[6] Ripert/Roblot N. 1367ff, Vuillermet S. 410.

2. Die verschiedenen Verantwortlichkeitstatbestände im neuen Aktiengesetz

2.1. *Allgemeines*

Das Verantwortlichkeitsrecht des neuen Aktiengesetzes bringt gegenüber den Regeln des Gesetzes von 1867 (und 1940) keine wesentlichen Neuerungen[1]. Nur die Verjährungsfrist wurde einheitlich auf drei Jahre festgelegt (Art. 247 l. s. s.). Es wird nach wie vor unterschieden in:

1. Verantwortlichkeit der Gründer und ersten Mitglieder des Verwaltungsrates wegen Nichtigkeit der Gesellschaftsgründung (Art. 242 l. s. s.);
2. Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates für pflichtwidrige Handlungen im Geschäftsbetrieb (Art. 244 l. s. s.);
3. Verantwortlichkeit des président und der Verwaltungsräte, wenn beim Gesellschaftskonkurs sich die Aktiven als ungenügend herausstellen (Art. 248 l. s. s.).

Dazu ist die Verantwortlichkeit der commissaires aux comptes des Art. 234 l. s. s. zu erwähnen.

2.2. *Insbesondere die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder für Fehler im Geschäftsbetrieb*

2.2.1. Die verantwortlichen Personen

Art. 244 l. s. s. erklärt nur die Mitglieder der Verwaltung (les administrateurs) für verantwortlich. Da der président selber Mitglied des Verwaltungsrates ist (Art. 110 l. s. s.), gilt die Regel selbstverständlich auch für ihn.

In der zweiten Form der Aktiengesellschaft unterstellt Art. 249 l. s. s. die Mitglieder des Direktoriums ebenfalls den für die Administrateure geltenden Verantwortlichkeitsnormen. Dagegen gilt für die Mitglieder des Aufsichtsrates die besondere Verantwortlichkeitsregel von Art. 250 l. s. s.

Umstritten war offenbar die Frage, ob auch der dem président zugeordnete directeur général (der nicht Administrateur ist) dem Verantwortlichkeitsrecht untersteht. Die Frage wird in der neueren Lehre und Praxis bejaht[2].

2.2.2. Voraussetzungen und Umfang der Haftung

2.2.2.1. Die allgemeinen Voraussetzungen

Dass für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit grundsätzlich die Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts Anwendung finden, ging aus dem Wortlaut

[1] Hamiaut II S. 226ff.
[2] Vuillermet S. 410, Ripert/Roblot N. 1310 in fine.

des alten Gesetzes, das in Art. 44 ausdrücklich auf das «droit commun» verwies, besser hervor. Zweifellos setzt aber auch das neue Recht den Nachweis eines Schadens, eines Verschuldens jedes Einzelnen und des Kausalzusammenhanges für eine Verantwortlichkeit voraus[1].

2.2.2.2. Die besonderen Voraussetzungen

Art. 244 l. s. s. erwähnt verschiedene Fälle, in denen die Verantwortlichkeit der Administrateure für Fehler im Geschäftsbetrieb eintreten kann:

1. Infractions aux dispositions de la loi (chap. V, VI et IX). Zum Beispiel die Verletzung der gesetzlichen Pflicht, alljährlich eine Generalversammlung innert bestimmter Frist einzuberufen, bewirkt die Verantwortlichkeit[2].
2. Violation des statuts.
   Sehr oft stellt die Verletzung einer statutarischen Vorschrift zugleich auch eine Gesetzesverletzung dar[3].
3. Fautes commises dans leur gestion.

Die leitenden Personen sind persönlich haftbar für alle Pflichtwidrigkeiten, die sie im Rahmen der Geschäftsführung begangen haben. Solche Tatbestände sind etwa die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu gewagten Börsenspekulationen oder der Rückkauf eigener Aktien. Auch das kleinste Verschulden begründet diese Haftbarkeit. Dagegen stellt eine falsche oder ungünstige Entscheidung eines Verwaltungsrates noch nicht eine Pflichtwidrigkeit dar, wenn das grosse Risiko und die ungünstige Marktentwicklung nicht ohne weiteres voraussehbar gewesen sind[4]. Der Verschuldensmassstab wird im allgemeinen mit der Formel des Mandatsrechts umschrieben: Die Administrateure müssen «apporter dans leur gestion les soins d'un bon père de famille»[5]. Ein solches Verschulden kann sowohl bei der Erfüllung einer Geschäftshandlung als auch bei der Unterlassung einer Pflicht vorliegen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Nachlässigkeit bei der Ausübung von Überwachungspflichten. Trotz Art. 113 l. s. s., der dem président die Verantwortlichkeit für die Direktion der Gesellschaft überträgt, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Tätigkeit des président und sogar diejenige des directeur général zu überwachen, so dass eine völlige Entlastung der Administrateure wohl nur in jenen Fällen eintreten kann, in denen diese eine absichtliche

[1] Zum Verschulden als Haftungsvoraussetzung vgl. Escarra IV N. 1567, 1577, Ripert/Roblot N. 1367, Dalsace N. 283, Hamiaut zu Art. 244 Anm. 1.

[2] Vuillermet S. 405, Dalsace N. 284, Lyon-Caen N. 824.

[3] Zum Erfordernis des Verschuldens in diesen Tatbeständen bemerkt Dalsace N. 283 Anm. 1: «Observons que la violation des statuts constitue necessairement une faute.»

[4] Vuillermet S. 406, Lyon-Caen N. 824, Dalsace N. 285.

[5] Lyon-Caen N. 823, auch Vuillermet S. 406, Houpin/Bosvieux N. 1096: Unerfahrenheit schützt nicht vor Verantwortlichkeit.

Täuschung, eine schwerwiegende Verheimlichung oder sogar einen Betrug seitens der Direktion nachweisen können[1]. Anderseits macht ROBLOT geltend:

«Or, la responsabilité des commettants pour les faits de leurs préposés ne peut peser que sur la société elle-même. Pour retenir la responsabilité des administrateurs, il faut démontrer une faute particulière de choix ou de surveillance, mais cette faute ne peut pas être présumée...[2].»

Eine besondere Überwachungspflicht obliegt selbstverständlich den Mitgliedern des conseil de surveillance in der zweiten Form der Aktiengesellschaft. Art. 250 l. s. s. hält fest, dass diese Personen nur dann auch für die Tätigkeit der Mitglieder des Direktoriums einzustehen haben, wenn sie von der pflichtwidrigen Tätigkeit oder von deren Gefährlichkeit Kenntnis hatten und dies trotzdem nicht der Generalversammlung mitteilten. In allen andern Fällen haften die Mitglieder des Aufsichtsrates nur für die persönlichen Fehler bei der Erfüllung ihres Überwachungsauftrages. Unentschuldigtes Fernbleiben von einer Sitzung und einfacher Widerspruch gegen satzungs- und gesetzwidrige Beschlüsse der Mehrheit genügen offenbar nicht zum Nachweis der Schuldlosigkeit. Vom «administrateur honnête et prudent» wird für diese Fälle zur Abwendung der Verantwortlichkeit oft die Demission gefordert[3].

2.2.2.3. Deliktische Verantwortlichkeit

Selbstverständlich sind die leitenden Personen auch für ihr deliktisches Verhalten zivilrechtlich verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 1382 CC[4]. Ein deliktisches Verhalten läge etwa vor, wenn eine Person durch Verschweigung wesentlicher Tatsachen einen Dritten zur Aktien- oder Obligationenzeichnung veranlasst.

2.3. *Die Rechtsnatur dieser Haftung*

Auch im französischen Recht besteht eine umfangreiche Kontroverse über die Rechtsnatur der Verantwortlichkeit. Die ältere Lehre bezeichnete die Verantwortlichkeit als vertragliche oder deliktische, je nachdem, ob die Gesellschaft bzw. die Aktionäre oder Dritte geschädigt worden sind[5]. In der neuern Theorie wird die Ansicht vertreten, diese Unterscheidung führe zu nichts, da doch in beiden Fällen zuerst ein Verschulden *durch die Geschädigten* nachgewiesen werden müsse[6].

[1] VUILLERMET S. 407, HOUPIN/BOSVIEUX N 1099.
[2] RIPERT/ROBLOT N. 1369.
[3] RIPERT/ROBLOT N. 1369, HOUPIN/BOSVIEUX N. 1100.
[4] LYON-CAEN N. 824, VUILLERMET S. 406 Ziff. 3, HOUPIN/BOSVIEUX N. 1097.
[5] HOUPIN/BOSVIEUX N. 1093, PIC/KRÉHER N. 3037/3044 ff.
[6] RIPERT/ROBLOT N. 1367.

2.4. *Haftungsentlastung und Haftungsreduktion*

Wenn auch im französischen Recht jedes Verschulden die Verantwortlichkeit der Administrateure begründet, so stellt sich doch die Frage, ob diese Haftung nicht unter gewissen Voraussetzungen milder zu beurteilen ist oder z. B. durch vertragliche Vereinbarung ganz ausgeschlossen werden kann[1].

2.4.1. Unentgeltlichkeit des Amtes (mandat non rémunéré)

Nach verbreiteter Auffassung sollen Pflichtverletzungen von Mitgliedern des Verwaltungsrates dann weniger streng beurteilt werden, wenn diese ihr Amt unentgeltlich ausübten[2] (Art. 1992 II CC). In diesem Zusammenhang ist auf die neue Regelung bei der Verantwortlichkeit im Falle des Konkurses der Gesellschaft hinzuweisen (Art. 114 und 248 l. s. s.), wo ursprünglich eine besondere Klausel vorgesehen war, nach welcher Mitglieder von Verwaltungsräten, die ihr Amt von Gesetzes wegen oder reglementarisch unentgeltlich ausüben, milder behandelt werden sollen. Dieser Zusatz wurde aber wieder fallengelassen[3].

2.4.2. Zustimmung der Generalversammlung (autorisation par l'assemblée)

Auch die Zustimmung der Aktionärsversammlung scheint die Verantwortlichkeit für eine pflichtwidrige Handlung nicht unbedingt auszuschliessen. Hingegen ist eine Reduktion der Haftung wahrscheinlich[4].

2.4.3. Die Wirkung des Entlastungsbeschlusses und besonderer Haftungsklauseln (l'effet du «quitus» et clauses tendant à écarter les actions en responsabilité)

Die Wirkung des Entlastungsbeschlusses und von Vereinbarungen über die Nichtausübung des Verantwortlichkeitsklagerechts wollen wir im Zusammenhang mit den verschiedenen Klageansprüchen prüfen (vgl. unten Ziff. 2.5.).

2.4.4. Widerspruch eines Organmitgliedes gegen einen Beschluss (protestation contre une décision)

Zur Wirkung eines einfachen Widerspruches gegen gesetz- oder statutenwidrige Mehrheitsbeschlüsse haben wir schon Stellung genommen (vgl. oben Ziff. 2.2.2.2.). Vielfach wird zur Entlastung die Demission gefordert.

[1] Die Frage der Haftungsentlastung und der Haftungsreduktion wird uns hauptsächlich wieder im Zusammenhang mit dem Problem der Verantwortlichkeit mehrerer für einen Schaden beschäftigen.
[2] Vuillermet S. 406, Lyon-Caen N. 824, Houpin/Bosvieux N. 1096.
[3] Hamiaut Art. 114 Anm. 3, Art. 248 Anm. 1.
[4] Ripert/Roblot N. 1367, Escarra IV N. 1577 lit. b.

2.5. *Die klageberechtigten Personen und ihre Ansprüche*

Art. 244 l. s. s. nennt die Gesellschaft und Dritte als klageberechtigte Personen. Dass auch den Aktionären ein Klageanspruch zusteht, geht aus Art. 245 l. s. s. hervor. Dieser Anspruch kann sogar ein doppelter sein:

1. Alle Personen, die durch eine pflichtwidrige Handlung einer leitenden Persönlichkeit geschädigt worden sind, können von diesem Fehlbaren unter Umständen Schadenersatz gestützt auf Art. 1382 CC verlangen. Es ist die deliktische Haftbarkeit, und die daraus resultierende Klage wird als «action individuelle» des Aktionärs oder des Dritten bezeichnet. Die Fälle der Geltendmachung einer solchen «action individuelle» sind aber selten[1].
2. Viel häufiger ist durch eine pflichtwidrige Tätigkeit direkt nur die Gesellschaft geschädigt. Die Interessen der Gesellschaft werden mit der «action sociale» wahrgenommen. In der Regel haben die ordentlichen Organe der Gesellschaft diese «action sociale» anzustrengen, was aber oft aus Kollegialitätsgründen oder deshalb unterbleiben könnte, weil alle Organmitglieder ein Verschulden trifft. Dafür sieht das Gesetz zwei Notventile vor. Die «action sociale» kann nämlich auch durch eine Gruppe von Aktionären, die wenigstens $^1/_{20}$ des Aktienkapitals vertreten und sogar durch einen einzelnen Aktionär geltend gemacht werden. Im ersten Falle wird von der «action sociale exercée ut universi», im zweiten von der «action sociale exercée ut singuli» gesprochen. Diese Klagen gehen immer auf den ganzen, durch die Gesellschaft erlittenen Schaden. Der Prozessgewinn fliesst in beiden Fällen an die Gesellschaft (Art. 245 l. s. s.).

Im alten Recht war es üblich, dass die Klagebefugnisse der Aktionäre in den Statuten durch sogenannte «clauses» eingeschränkt wurden. Man unterschied vor allem zwei Arten:

- die clause d'avis verbot eine Verantwortlichkeitsklage, wenn sie gegen den Willen der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates eingebracht wurde;
- die clause d'autorisation (prohibitive) machte die ausdrückliche Zustimmung des Verwaltungsrates oder der Generalversammlung zur Voraussetzung einer Verantwortlichkeitsklage.

Art. 246 l. s. s. erklärt alle diese Abmachungen im neuen Recht als nicht geschrieben.

Auch die Bedeutung des Entlastungsbeschlusses der Generalversammlung, des sogenannten «quitus», hat sich im Laufe der Zeit beträchtlich gewandelt. Während ehedem dieser «quitus» eine nachträgliche Verantwortlichkeitsklage

[1] Eine Aufzählung von Beispielen findet sich bei Ripert/Roblot N. 1376.

überhaupt ausschloss[1], wurde bereits durch ein décret loi[2] von 1937 diese Wirkung des quitus aufgehoben.

«Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre l'action en responsabilité contre les administrateurs ou les membres du directoire. Le quitus est donc devenu inutile[3].»

Noch bleibt die Bedeutung der Solidarhaftung für den Umfang der Ersatzpflicht der verantwortlichen leitenden Personen zu prüfen. Wiederum wollen wir diese aktienrechtliche Solidarität in den grösseren Rahmen der Solidarhaftung des allgemeinen Schadenersatzrechts stellen.

§ 8 Die Solidarhaftung im französischen Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

I. Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der passiven Solidarität im französischen Schadenersatzrecht

1. Der allgemeine Grundsatz

Sind mehrere Personen für denselben Schaden solidarisch haftbar, so hat jeder die ganze Schuld (la totalité de la dette)[4] zu bezahlen.

La solidarité «... a pour résultat que la responsabilité de l'integralité des conséquences d'un délit incombe à une personne même quand il est reconnu que la responsabilité incombe à concurrence d'un tiers à la charge d'une personne resté hors de cause»[5].

Die Schuldner sind zwar zur gleichen Leistung verpflichtet (eadem res), aber zwischen dem Gläubiger und den Schuldnern bestehen ebenso viele verschiedene Obligationen, wie Schuldner da sind[6].

Der Gläubiger kann nach seiner Wahl einen oder alle oder mehrere einklagen. Bis zur einmaligen, vollständigen Erfüllung seines Anspruches bleiben ihm sämtliche Schuldner verpflichtet[7]. Passive Solidarität bedeutet also eine Begünstigung des Gläubigers:

«La solidarité tend en effet à assurer le payement intégral du créancier[8].»

[1] Ripert/Roblot N. 1375, 1378, Vuillermet S. 409.
[2] Décret loi vom 31. August 1937.
[3] Art. 246 II l.s.s., Ripert/Roblot N. 1378.
[4] Derrida in Rev. trim. de dr. comm. 1953 S. 335.
[5] Lalou, Traité, N. 60bis.
[6] Planiol/Ripert/Esmein N. 1076, Ripert/Roblot N. 1866.
[7] Vincent J. in Rev. trim. de dr. civ. 1939 S. 601 ff., Mazeaud/Tunc N. 1938 ff, Carbonnier II N. 217, Lalou, Traité, N. 60bis ff, Ripert II N. 1853 ff, Planiol/Ripert/Esmein N. 1059, Carbonnier II N. 217.
[8] Derrida S. 334, Planiol/Ripert/Esmein N. 1059, Carbonnier II N. 217.

Wegen dieser für den Gläubiger äusserst vorteilhaften, für die Schuldner aber sehr einschneidenden Wirkung stellt die Solidarität ein bedeutendes Mittel zur Kreditbeschaffung dar[1]. So kommt es nicht von ungefähr, wenn DERRIDA zur solidarité commerciale schreibt:

«L'intensité de la solidarité civile doit être tempérée dans certains situations, afin de ne pas rendre trop lourde l'augmentation du crédit qu'on procure aux débiteurs[2]»!

2. Entstehung der passiven Solidarität

2.1. *Vertragliche Stipulation*

Art. 1202 CC schliesst für das gewöhnliche Vertragsrecht die Solidarität unter mehreren Schuldnern dann aus, wenn sie nicht ausdrücklich stipuliert wurde. Solidarität wird also nicht vermutet. Anerkanntermassen gilt dieser Grundsatz aber nicht für handelsrechtliche Verträge, für welche die Solidarhaftung unter den Schuldnern schon früh als normal betrachtet wurde[3].

2.2. *Anordnung durch das Gesetz*

In einigen Fällen sieht das Gesetz selber Solidarität unter den Schuldnern vor. Es kann unterschieden werden in:

1. Tatbestände, in denen das Gesetz wohl einfach aus der Nähe der vertraglichen Beziehungen der Schuldner eine Solidaritätsvereinbarung vermutet, z. B. Art. 1887 CC, 2002 CC, 1419 CC u. a.
2. Solidaritätstatbestände «pour la sanction de certains intérêts d'ordre public ou comme sanction de faute commune»[4], z. B. Art. 55 Code pénal, Art. 1792 CC, 395 CC.

2.3. *Solidarité d'origine coutumière und en matière commerciale*

PLANIOL/RIPERT/ESMEIN unterscheiden zudem zwischen der solidarischen Haftbarkeit mehrerer Personen «d'origine coutumière» und der Solidarität «en matière commerciale»[5]. Solidarité d'origine coutumière soll für mehrere Mitverursacher eines Schadens bestehen (coauteurs d'un dommage). Im Handelsrecht findet sich die Solidarhaftung häufig, so ordnet z. B. Art. 10 l. s. s. Solidarität unter Kollektivgesellschaftern an.

[1] PLANIOL/RIPERT/ESMEIN N. 1064.
[2] DERRIDA S. 333.
[3] DERRIDA S. 347, LALOU, Traité, N. 101, PLANIOL/RIPERT/ESMEIN N. 1065, 1074, RIPERT II N. 1853.
[4] PLANIOL/RIPERT/ESMEIN N. 1068.
[5] PLANIOL/RIPERT/ESMEIN N. 1069 ff, 1074 ff.

2.4. *Insbesondere die Begründung durch deliktisches oder quasideliktisches Verhalten*

Im Code civil fehlt eine Bestimmung, welche Solidarhaftung unter mehreren Delinquenten vorsieht. Gleichwohl ist dieses Haftungsprinzip auch in Deliktstatbeständen allgemein anerkannt. Zur Begründung wird häufig auf den Paralleltatbestand von Art. 55 Code pénal hingewiesen, der aber die strafrechtliche Verurteilung mehrerer Delinquenten voraussetzt und deshalb für zivilrechtliche Delikte keine Anwendung finden kann[1]. In der Regel wird zur Begründung die allgemeine Bestimmung von Art. 1382 CC herangezogen[2].

«Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

In Lehre und Praxis herrscht die Meinung vor, zwischen jedem Verschulden und dem gesamten Schaden bestehe eine direkte und notwendige Beziehung.

«Si chacun doit être condamné au tout..., c'est parce que chacune des fautes a concouru à produire l'entier du dommage[3].»

Diese deliktische Ganzhaftung wird mit dem Grundsatz der sogenannten «indivisibilité du dommage» (oft auch indivisibilité de la faute, indivisibilité du fait dommageable oder impossibilité de déterminer la proportion dans laquelle chaque faute a concouru au dommage genannt) gerechtfertigt. Nur wo der Anteil jedes einzelnen an der Schadensverursachung nicht genau festgelegt werden kann, ist die Haftung jedes Verursachers «pour l'intégralité» angemessen[4].

3. Solidarité – obligation in solidum

Die Anwendung des Ganzhaftungsprinzipes auch auf die Tatbestände deliktischer oder quasideliktischer Haftung mehrerer Personen bedeutete eine ganz erhebliche Ausdehnung des Solidaritätsgrundsatzes[5]. Allerdings wurde nicht die gesetzliche Form der Solidarität mit allen Nebenwirkungen (Art. 1205–1208 CC) für die Deliktsfälle übernommen. Wohl besteht die Haftung jedes Schuldners für das Ganze, dagegen treten die besonderen Wirkungen wie: Vertretung aller Schuldner durch einen, Verjährungsunterbrechung, Verzugsregeln usw.

[1] Lalou, Traité, N. 102ff., Carbonnier II N. 217, Planiol/Ripert/Esmein N. 1069, Kassler S. 7ff.

[2] Mazeaud/Tunc N. 1938f, Carbonnier II N. 217, Planiol/Ripert/Esmein N. 1069.

[3] Mazeaud/Tunc N. 1945, Carbonnier II N. 217B; schon in diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass in Frankreich die Bedingungstheorie gegenüber der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang überwiegt.

[4] Savatier, Traité, N. 490, Lalou, Traité, N. 104, Planiol/Ripert/Esmein N. 1069. Ripert II N. 1037.

[5] Dazu Vincent in Rev. trim. de dr. civ. 1939 S. 601f, Derrida S. 333.

dafür nicht ein. Diese Form wurde daher als blosse «obligation in solidum» bezeichnet[1].

Die Lehre scheint sich allerdings noch nicht einig zu sein in der Frage, wann «solidarité» und wann blosse «obligation in solidum» vorliegt. Das Gesetz selber spricht in einigen Tatbeständen, in denen eher eine deliktische obligation in solidum anzunehmen wäre, von solidarité (z.B. Art.1033 CC, Art.242 und 243 l.s.s.)[2]. Bei der besonderen Behandlung der aktienrechtlichen Solidaritätsbestimmungen werden wir sehen, dass trotz der ausdrücklichen Erwähnung der solidarité im Gesetz vielfach das Bestehen einer blossen obligation in solidum angenommen wird. DERRIDA versucht, diese Tatbestände in der Weise auseinanderzuhalten, dass eine solidarité nur dann vorliegt, wenn eine enge «communauté d'intérêts» zwischen den Schuldnern besteht (z.B. bei gegenseitigem Vertrauen, engen Geschäftsbeziehungen usw.)[3].

4. Der Umfang der Ersatzpflicht im Solidarschuldverhältnis

Aus den unter Ziff.1 gemachten Erwägungen können wir ableiten, dass solidarische Haftbarkeit auch im französischen Recht bedeutet, dass jeder Verantwortliche für den ganzen Schaden einzustehen hat. Wieder wollen wir uns fragen, ob der Kausalzusammenhang oder das Verschulden bei der Bestimmung der Ersatzpflicht im Rahmen der Solidarschuld überhaupt eine Rolle spielt.

4.1. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges bei der Bestimmung der Ersatzpflicht*

In Frankreich herrscht die Ansicht vor, dass jeder auch nur in geringem Masse an der Verursachung eines Schadens Beteiligte den ganzen Schaden verursacht hat und deshalb für den ganzen Schaden einstehen muss. Dies lässt sich aus der in Frankreich noch vorherrschenden Bedingungstheorie erklären[4]. Sie geht davon aus, dass der rechtlich notwendige Kausalzusammenhang schon dann gegeben ist, wenn ohne die vom betreffenden Belangten gesetzte

[1] VINCENT, a.a.O., S.667ff, MAZEAUD/TUNC N.1960ff, SAVATIER, Traité, N.490, LALOU, Traité, N.106bis, CARBONNIER II N. 217 B, PLANIOL/RIPERT/ESMEIN N. 1069, DERRIDA S.333ff.

Die ältere Lehre unterschied zwischen «solidarité parfaite» und «solidarité imparfaite». Es wurde damit eine Aufteilung der gesetzlich vorgesehenen Solidaritätstatbestände versucht. Auch für die «solidarité imparfaite» sollten die Nebenwirkungen keine Anwendung finden. Das Unterscheidungskriterium wurde offenbar im bewussten bzw. unbewussten Zusammenwirken gesucht. Diese Lehre fand aber nie viele Anhänger.

Allerdings werden oft Zweifel geäussert, ob mit der neuen Bezeichnung der «obligation in solidum» für die Ganzhaftungstatbestände, die nicht im Gesetz vorgesehen sind, etwas wesentlich anderes gemeint sei. VINCENT S.667, CARBONNIER II N.217.

[2] MAZEAUD/TUNC N.1965, SAVATIER, Traité, N.493, DERRIDA S.340ff.

[3] DERRIDA S.335ff.

[4] Vgl. schon oben Ziff.2.4., MAZEAUD/TUNC, 2.Aufl., II N.1443, 1973.

Ursache der Schaden nicht eingetreten wäre. Mit andern Worten, auf die grosse oder kleine Bedeutung einer Ursache kommt es nicht an. Massgebend ist nur, ob sich diese Ursache aus der Ursachenkette überhaupt nicht wegdenken lässt, ohne dass nicht ein völlig anderes Resultat hätte herauskommen müssen.

«Pour retenir un événement comme cause d'un dommage, il suffit de constater que, sans cet événement le préjudice ne se serait pas produit[1].»

Bei dieser Betrachtungsweise kann der Kausalzusammenhang nur dazu dienen, abzuklären, ob überhaupt eine Verantwortlichkeit und Ersatzpflicht besteht, nicht aber dazu, den individuellen Ersatzbetrag jedes Einzelnen nach der Bedeutung seines Verursachungsbeitrages zu bestimmen.

In der 5. Auflage ihres Werkes vertreten nun aber MAZEAUD/TUNC die «théorie de la causalité adéquate[2]:»

«Seuls peuvent être considérés comme causes d'un préjudice les événements qui devaient normalement le produire: il faut que le rapport entre l'événement et le dommage qui en résulte soit adéquate, et non pas simplement fortuit.»

«En d'autres termes, celui qui a commis une faute doit réparer tout le préjudice qu'elle était propre à produire suivant le cours naturel des choses, et qu'elle a effectivement produit[3].»

Von besonderer Bedeutung wäre diese neue Betrachtungsweise für die Tatbestände, in denen mehrere Personen einen Schaden verursacht haben:

«Si l'on tient compte du fait que les differentes fautes ont été plus ou moins fortement causes de l'accident, on doit, nous semble-t-il, partager la responsabilité proportionnellement à cette causalité[4].»

Die Haftung jedes Einzelnen würde sich somit aus seinem Kausalitätsbeitrag ergeben[5].

4.2. *Die Bedeutung des Verschuldens bei der Bestimmung der Ersatzpflicht*

Prüfen wir nochmals das letzte Zitat aus MAZEAUD/TUNC, so stellen wir sofort fest, dass im französischen Recht dem Verschulden und dem Kausalzusammenhang eine etwas andere Bedeutung zukommt als im schweizerischen. Aus dem Zitat geht hervor, dass nach französischem Recht der Kausalzusam-

[1] MAZEAUD/TUNC, 2. Aufl., II N. 1442. Oft wird deshalb auch von der «théorie de l'équivalence des conditions» gesprochen. PLANIOL/RIPERT II N. 1019 ff, CARBONNIER II N. 175.

[2] MAZEAUD/TUNC, 5. Aufl., N. 1441 ff.

[3] MAZEAUD/TUNC N. 1441.

[4] MAZEAUD/TUNC N. 1443.

[5] Im schweizerischen Recht haben wir darauf hingewiesen, dass der Kausalitätsbeitrag damit noch nicht zu einem Ersatzbemessungskriterium wird. Es geht vielmehr darum, festzustellen, bis zu welchem Schadensbetrag der adäquate Zusammenhang noch zu bejahen ist und eine höhere Haftung deshalb gar nicht bestehen kann.

menhang zwischen dem Verschulden und dem Schaden nachgewiesen werden muss[1].

Um die Bedeutung des Verschuldens für die Bestimmung der Ersatzpflicht insbesondere bei Ursachenmehrheit zu erkennen, ist die Prüfung des von der Cour de cassation am 19. Juli 1951 gesprochenen Urteils in Sachen «naufrage du Lamoricière» unerlässlich. Das Gericht entschied, dass ein Schiffskapitän, durch dessen leicht schuldhaftes Verhalten während eines Sturmes der Schaden entstanden war, nur für einen Fünftel der Schadenssumme haftbar sei. Damit wurde zum erstenmal deutlich bei einer Mehrheit von Schadensursachen die Ersatzpflicht des Einzelnen nach seinem Beitrag differenziert.

Es stellt sich die Frage, ob damit auch das französische Haftpflichtrecht neuerdings bei der Ersatzbemessung auf die Schwere des Verschuldens abstellt. Obwohl sich in der Literatur verschiedentlich Hinweise auf die deutsche und die schweizerische Theorie des Gleichgewichts zwischen Schuld und Schadenersatz finden[2], wird auch oft betont, dass es bei der Bemessung des Schadenersatzes nicht auf die Schwere des Verschuldens ankomme[3]. Aber auch wenn dem Verschulden bei der Ersatzbemessung nach neuerer Lehre vermehrte Bedeutung zugemessen wird, so können wir feststellen, dass es keinen selbständigen Bemessungsgrundsatz darstellt. Mazeaud/Tunc weisen mit Nachdruck darauf hin, dass nur der «Kausalitätsbeitrag des Verschuldens» zählt:

«... ce qui importe c'est l'importance de la faute dans la réalisation du dommage[4].»

Das Verschulden spielt aber eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung der Kausalitätsbeiträge.

Dem Urteil in Sachen «Lamoricière» kommt in dem Sinne grosse Bedeutung zu, als sich die Rechtsprechung damit entscheidend von der Bedingungstheorie gelöst und zur Adäquanztheorie bekannt hat[5]. Allerdings lassen sich aus diesem Urteil allein nicht ohne weiteres Rückschlüsse auf den Umfang der Ersatzpflicht im Rahmen einer solidarischen Haftung mehrerer Personen ziehen. Das Urteil gewährt ja nur einem allein zur Verantwortung gezogenen Schiffskapitän eine Haftungsreduktion, was absolut billig erscheint[6]. Welche Bedeutung

[1] Ripert II N. 1017, Planiol/Ripert/Esmein VI N. 538ff; oft wird gesprochen von der «causalité des diverses fautes dans la production du dommage».

[2] Mazeaud/Tunc III N. 2366, Ripert II N. 1152.

[3] Mazeaud/Tunc III N. 2364–2371, Ripert II N. 1152. Dagegen lassen sich die Gerichte offenbar bei der Bestimmung des *Schadens* von der Schwere des Verschuldens leiten! Mazeaud/Tunc III N. 2368.

[4] Mazeaud/Tunc II N. 1443.

[5] Carbonnier II N. 175 in fine, Esmein P., La théorie de la responsabilité civile et les arrêts de la Cour de cassation relatifs au naufrage «Lamoricière», in: Gaz. Pal. 1952 I doc. S. 3.

[6] Gegen den Wind gibt es schliesslich keinen Regress. Mazeaud/Tunc II N. 1612. In diesem Urteil spielte auch die höhere Gewalt eine Rolle.

dieser Berücksichtigung des leichten Verschuldens für den Umfang der Solidarhaftung zukommt, wollen wir erst nach Prüfung der weiteren Frage, ob bei der Bestimmung der Ersatzpflicht von Solidarschuldnern noch andere Ursachen zu berücksichtigen sind, untersuchen.

4.3. *Massgeblichkeit von anderen Ursachen, die zum Schaden beitrugen, für die Ersatzpflicht im Solidarschuldverhältnis*

Auch nach französischem Haftpflichtrecht vermögen höhere Gewalt und Zufall, das Selbstverschulden des Verletzten und das Drittverschulden die Ersatzpflicht eines Schädigers zu beeinflussen. In der Regel werden diese «causes étrangères» in Verbindung mit den Problemen des rechtlich relevanten Kausalzusammenhanges besprochen. Während wir auf die höhere Gewalt nicht eingehen wollen, interessiert vor allem, ob ein Selbst- bzw. ein Drittverschulden im Rahmen der solidarischen Verpflichtung mehrerer Personen irgendwie berücksichtigt wird.

4.3.1. Die Bedeutung des Selbstverschuldens (le fait de la victime)

Die französische Rechtslehre scheint den Grundsatz, dass der Verletzte für den Teil eines Schadens keinen Ersatz verlangen kann, für den er selber verantwortlich ist, allgemein anzuerkennen. Wo dieses Selbstverschulden sogar die einzige Ursache ist, besteht für die übrigen überhaupt keine Haftung[1]. Die Aufteilung geschieht nach der Schwere des Verschuldens. Mazeaud/Tunc möchten dies wiederum als ein Kausalitätsproblem verstanden wissen. Der Vergleich der Verschuldensbeiträge müsse sich auf den *Verursachungsgrad* der Verschulden beziehen[2]. Dieser Grundsatz behält auch seine Gültigkeit, wenn dem Verletzten mehrere verantwortliche Personen gegenüberstehen. Savatier führt dazu aus:

«Ici, encore, le dommage doit finalement se répartir entre les auteurs de toutes les fautes, proportionnellement à leur importance respective. La victime ne pourra donc agir contre les autres fautes que sous déduction de la part du dommage qui doit demeurer à sa charge. Pour tout le reste, elle aura, contre eux, une action in solidum[3].»

In solchen Fällen kann also nicht mehr von einer Solidarhaftung aller Verursacher für den ganzen Schaden gesprochen werden[4].

[1] Lalou, Traité, N. 338bis, 348ff, 370ter, Mazeaud/Tunc N. 1511, Ripert II N. 1031, Savatier, Traité, N. 483ff, Planiol/Ripert/Esmein VI N. 569/570.
[2] Mazeaud/Tunc N. 1511.
[3] Savatier, Traité, N. 498, Mazeaud/Tunc N. 1956–4.
[4] Zum gleichen Ergebnis sind wir beim schweizerischen und beim deutschen Recht gekommen.

4.3.2. Die Bedeutung des Drittverschuldens (le fait du tiers fautif)

Kann sich ein belangter Verursacher auf das konkurrierende Verschulden eines Dritten berufen und dadurch eine Reduktion seiner Haftung erlangen? Nach der Rechtsprechung ist ein Verursacher offenbar zur ganzen Ersatzleistung verpflichtet «sans que la coexistence d'une autre faute imputable à une autre personne que la partie lésée puisse être, dans ses rapports avec la partie lésée un motif d'exonération même partielle de sa responsabilité»[1].

Im Gegensatz zur Gerichtspraxis, die in diesen Tatbeständen eine «obligation in solidum» annimmt[2], vertreten MAZEAUD/TUNC die Auffassung, dass die Adäquanztheorie – deren Anwendung er auch für diese Fälle aus dem Urteil in Sachen «Lamoricière» ableitet[3] – nur die *Aufteilung* der Haftung zulasse. Die verantwortlichen Personen dürften nur im Umfang ihres Kausalitätsbeitrages gegenüber dem Geschädigten ersatzpflichtig werden. Nicht eine Berufung auf das Drittverschulden soll also dem Belangten offenstehen, aber die Berufung auf sein leichtes eigenes Verschulden und damit seinen kleinen Kausalitätsbeitrag. Damit stossen wir endlich wieder auf die früher gestellte Frage, welche Bedeutung einer Berücksichtigung des geringen Verschuldens eines Verursachers für die solidarische Haftung aller zukommt. MAZEAUD/TUNC ziehen den Schluss:

«C'est la règle elle même de la responsabilité solidaire des coauteurs d'un dommage, qui est remise en question par la jurisprudence inaugurée en 1951[4].»

Danach hätte also die Anwendung der Adäquanztheorie und damit die Rücksichtnahme auf die einzelnen Kausalitäts- bzw. Verschuldensbeiträge im Aussenverhältnis die Preisgabe des Solidaritätsprinzipes für diese Tatbestände zur Folge. Sie führt zur Aufteilung des Ersatzbetrages[5] und damit zur Einzelhaftung aller Verursacher. Eine ähnliche Auffassung vertreten auch PIRSON/DE VILLÉ[6]. Sie

[1] Arrêt de la Cour civile vom 20. Juni 1930. Eine Zusammenstellung dieser Praxis findet sich bei MAZEAUD/TUNC II N. 1945 f.

[2] SAVATIER, Traité, N. 490, MAZEAUD/TUNC N. 1639 und 1945f geben eine Zusammenstellung, RIPERT II N. 1037.

[3] MAZEAUD/TUNC N. 1443, 1639; LALOU weist in der 6. Auflage darauf hin, ist aber selber sehr zurückhaltend, Traité N. 270f, 291.

[4] MAZEAUD/TUNC N. 1612, 1639: «Pour dégager de ce fait une conséquence juridique, à savoir l'exonération partielle du défendeur, il faut oublier, à vrai dire, la règle de la responsabilité solidaire des coauteurs d'un dommage.» N. 1612.

[5] MAZEAUD/TUNC erwähnen das Beispiel des Fussgängers, der durch ein Auto angefahren und verletzt wird. Der Unfall wird durch die zu hohe Geschwindigkeit des Fahrzeuges, durch die Unvorsichtigkeit des Fussgängers und dadurch verursacht, dass ein Bauunternehmer durch Lagerung von Baumaterial die Strasse in unzulässiger Weise verschmälert hat. Der Gesamtschaden von ffr. 100000.– wäre wie folgt aufzuteilen:
– ffr. 500000.– zu Lasten des Automobilisten,
– ffr. 400000.– zu Lasten des Fussgängers,
– ffr. 100000.– zu Lasten des Strassenbauunternehmers.

[6] PIRSON/DE VILLÉ N. 34.

lehnen insbesondere die Ausdehnung des Grundsatzes der Ganzhaftung durch die obligation in solidum auf die Tatbestände der Haftung mehrerer Personen aus Delikt ab. Ein Verursacher soll nur für den Teil eines Schadens verurteilt werden können, den er verursacht hat[1]. Da sich ein Schaden immer unter die verschiedenen Verursacher aufteilen lässt, gibt es unter mehreren Delinquenten keine Solidarhaftung. Wenn damit auch das natürliche Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines der Verantwortlichen dem Verletzten überbunden wird, so ist dieser keineswegs schlechter gestellt, weil er dieses Risiko auch dann zu tragen hätte, wenn ihm nur ein Verantwortlicher gegenüberstünde[2].

Wir kommen zum Schluss: Im Gegensatz zur schweizerischen Rechtslehre wird also auch im französischen Haftpflichtrecht (wie im deutschen) die Frage einer reduzierten bzw. differenzierten Solidarhaftung mehrerer Verursacher nicht diskutiert. Sowohl die gesetzlich angeordnete «solidarité», wie die aus der Praxis entstandene «obligation in solidum» gehen grundsätzlich auf den ganzen Schadensbetrag. Die neuere Lehre berücksichtigt zwar das leichte Verschulden beim Kausalitätsbeitrag zur Bemessung der Ersatzpflicht im Aussenverhältnis, zieht dann aber den Schluss, dass in Fällen, in denen eine Mehrzahl von Personen verantwortlich sind, nicht mehr Solidar- sondern nur noch Einzelhaftung jedes Verantwortlichen vorliegt[3].

5. Der Regress

Die notwendige Korrektur der Haftung jedes Einzelnen für den ganzen Schaden im Aussenverhältnis wird durch das Regressrecht zwischen den Schuldnern ermöglicht. Art. 1213 CC sieht für die Tatbestände vertraglicher Solidarität Pro-Kopf-Teilung vor.

Der Verweis auf Art. 1213 CC genügt aber bei den Tatbeständen blosser obligations in solidum nicht. Eine Rückgriffsordnung scheint hier auf den ersten Blick – wenigstens nach der älteren Rechtslehre[4] – schwierig, da der zahlende Schuldner, der ja selber den ganzen Schaden verursacht hat[5], nur das erfüllt, was er wirklich selber schuldet. Für das Innenverhältnis darf aber nicht so argumentiert werden. Mazeaud/Tunc verweisen nicht nur auf die Billigkeit, sondern auch auf die Regeln der Subrogation. Nach Art. 1251 III CC gehen die Rechte des Verletzten wenigstens teilweise auf den zahlenden Schuldner

[1] Pirson/de Villé N. 34f, N. 228f.
[2] Pirson/de Villé N. 229.
[3] Damit kommt auch die neuere französische Lehre durch die Berücksichtigung des adäquaten Kausalitätsbeitrages nicht zur sogenannten «Überschusshaftung», welche u. E. dem Prinzip dieses adäquaten Kausalzusammenhanges am ehesten gerecht werden könnte.
[4] Nach der Bedingungstheorie ist eine Aufteilung kaum möglich. Nach der Adäquanztheorie fände die Aufteilung schon im Aussenverhältnis statt.
[5] Vgl. oben Ziff. 4.1.

über. Dieser Grundsatz muss für alle Solidaritätstatbestände Gültigkeit haben[1]. Ob der Umfang der Regressansprüche nach der Schwere des Verschuldens zu bestimmen ist, ist eine umstrittene Frage[2]. Wenn eine Aufteilung nach Verschuldensbeitrag im Aussenverhältnis nicht möglich ist, so müsste dies konsequenterweise auch im Innenverhältnis unmöglich sein[3].

Die Ausgleichsschuldner haften untereinander nicht wieder solidarisch, sondern anteilsmässig[4].

6. Schulderlass

Welche Bedeutung kommt im französischen Recht einem vollständigen oder teilweisen Erlass der Schuld seitens des Gläubigers gegenüber einem Solidarschuldner zu?

Im Gegensatz zum deutschen und zum schweizerischen Recht enthält der Code civil eine diesbezügliche Bestimmung. In Art. 1285 II CC heisst es, dass bei einem rein persönlich wirkenden Verzicht – der Gläubiger muss sich seine Rechte gegenüber den andern Schuldnern ausdrücklich vorbehalten (Art. 1285 I CC) – die Forderung im Umfang des Anteils des Begünstigten untergeht. Der Gläubiger kann sich für diesen Teil auch nicht an die anderen Verursacher halten, ansonst über den kaum zu umgehenden Regress die Begünstigung des Entlassenen illusorisch würde[5].

Der Vergleich soll dagegen, soweit darin nicht ein partieller Erlass gesehen werden muss, die volle Belangung der übrigen Schuldner nicht hindern[6].

II. Die Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der französischen AG

1. Die gesetzlichen Tatbestände

Drei von den neun Artikeln über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer, Administrateure, Direktoren und Mitglieder des Aufsichtsrates erwähnen die solidarische Haftung ausdrücklich.

Art. 242 l. s. s.: «Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encouru *peuvent* être déclarés

[1] Mazeaud/Tunc N. 1971.
[2] Mazeaud/Tunc N. 1971 ff, Savatier, Traité, N. 494 und 496, Lalou, 2. Aufl., N. 111, Planiol/Ripert/Esmein N. 1090.
[3] Derrida S. 366 ff, Mazeaud/Tunc N. 1971 ff.
[4] Ripert II N. 1888, Mazeaud/Tunc N. 1972 f, Planiol/Ripert/Esmein N. 1094.
[5] Planiol/Ripert/Esmein N. 1312, Ripert II N. 1871, Vincent S. 675.
[6] Vincent S. 675.

solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société.

La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés.»

Art. 244: «Les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement *selon le cas,* envers la société ou envers les tiers soit des infractions aux dispositions du présent chapitre et des chapitres V et VI, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.»

Art. 248: «Si la faillite ou le règlement judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce *peut,* à la demande du syndic de la faillite ou de l'administrateur au règlement judiciaire, mettre les dettes sociales, jusqu'à concurrence du montant qu'il fixe, à la charge, soit du président, soit des administrateurs ou de certains d'entre eux, avec ou sans solidarité, dans la proportion qu'il détermine.»

Art. 249 l.s.s. erklärt diese Bestimmungen auch für die Mitglieder des directoires (bei der zweiten Form der AG) für anwendbar.

2. Individuelle Verantwortlichkeit als Grundsatz

Betrachten wir die drei genannten Tatbestände, so stellen wir fest, dass keiner die Solidarhaftung obligatorisch vorschreibt. Grundsätzlich besteht individuelle Verantwortlichkeit dann, wenn jemandem persönliche Fehler bei einer Tätigkeit in seinem persönlichen Kompetenzbereich vorgeworfen werden können. Solidarität besteht nur dort, wo die Fehler durch das Gesamtkollegium begangen, d.h. wo zusammengearbeitet wurde[1].

3. Die solidarische Haftung der Organpersonen

Ohne auf die umfassende Kontroverse über vertragliche oder deliktische Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche eingehen zu wollen[2], können wir feststellen, dass die Haftung nach Aktienrecht in der Regel dem deliktischen Haftpflichtsrecht zugeordnet wird[3] und dass deshalb die vorgängigen Bemerkungen zum allgemeinen Haftpflichtrecht auch für diese Solidaritätstatbestände brauchbar sind. Insbesondere gilt dies für die Voraussetzungen und die rechtliche Qualifikation dieser Ganzhaftung.

Im Anschluss an die Grundsätze des Schadenersatzrechtes aus Delikt nimmt die aktienrechtliche Lehre nur dann Solidarhaftung an, wenn den verantwort-

[1] Vuillermet S. 405ff, Escarra IV N. 1569, Ripert/Roblot N. 1370, Pic/Kréher N. 3048, Zusammenstellung der Praxis zur individuellen und solidarischen Verantwortlichkeit bei Pic/Kréher N. 3048.

[2] Vgl. etwa Mazeaud/Tunc N. 1878–6, Planiol/Ripert/Esmein N. 1075, Escarra IV N. 1568, Ripert/Roblot N. 1369, Pic/Kréher N. 3037, Derrida S. 341.

[3] Mazeaud/Tunc N. 1946 Anm. 2, Planiol/Ripert/Esmein N. 1075.

lichen Personen gesamthaft ein Vorwurf gemacht werden muss, d.h. wenn es unmöglich erscheint, den genauen Anteil eines jeden am Schaden festzulegen[1]. Dem Kriterium des «faute commune» und der «indivisibilité de la faute et du dommage» kommt also auch hier entscheidende Bedeutung zu[2].

Obschon die Solidarität in diesen Tatbeständen ausdrücklich durch das Gesetz erwähnt ist, vertritt die herrschende Lehre die Auffassung, dass bloss eine «obligation in solidum» entstehe.

«L'existence d'une faute commune engendre seulement pour chacun des coauteurs, l'obligation de réparer l'entier du dommage[3].»

Die Art. 1205ff CC finden also für diese Tatbestände keine Anwendung. Auch daraus lässt sich ersehen, dass die Rechtsbeziehungen der handelnden Personen im Verantwortlichkeitsrecht nicht nach Vertragsgrundsätzen beurteilt werden, ansonst schon deshalb Solidarität anzunehmen wäre, weil dieser Vertrag ins Handelsrecht gehört[4].

Wo die Handlungen der verantwortlichen Personen strafrechtliche Tatbestände erfüllen (Art. 432–479 l.s.s.), tritt die Solidarität nach Art. 55 C.pén. ein.

Auch für das Aktienrecht gilt der Grundsatz, dass es auf die verschiedene Schwere der Verschulden der beteiligten Personen wenigstens im Aussenverhältnis nicht ankommt. Obligation in solidum bedeutet für alle «l'obligation de réparer l'entier du dommage». Houpin/Bosvieux erklären zwar:

«Tout en prononçant une condamnation pour le tout contre les administrateurs poursuivis à raison d'une faute collective, les tribunaux procèdent parfois à une répartition inégale de la condamnation en tenant compte de la part prise par chacun d'eux à l'acte dommageable de leur bonne fois et de leur influence dans le conseil[5].»

Dieser Satz kann sich jedoch nur auf das Innenverhältnis zwischen den Schuldnern beziehen. Es wird damit nur die Frage angeschnitten, nach welchem Modus diese interne Aufteilung vorzunehmen sei. Haftung aller für das Ganze besteht auch in jenen Fällen, in denen nur einem Administrateur absichtliches oder vorsätzliches Vorgehen, den andern aber Nachlässigkeit in der Überwachung vorgeworfen werden muss. Unter diesen Umständen wird auch solidarische Haftung der Verwaltungsratsmitglieder mit dem président directeur und dem directeur général angenommen[6].

[1] Houpin/Bosvieux N. 1101, Pic/Kréher N. 3048ff, Ripert/Roblot N. 1370, Vuillermet S. 405ff.

[2] Pic/Kréher N. 3049ff, Gouget S. 141ff, Fassier S. 121.

[3] Escarra IV N. 1570, auch Vuillermet S. 407, Ripert/Roblot N. 1370, Pic/Kréher N. 3049, Houpin/Bosvieux N. 1101.
A. A. Derrida S. 341ff.

[4] Planiol/Ripert/Esmein N. 1075, Ripert/Roblot N. 1370.

[5] Houpin/Bosvieux N. 1101.

[6] Ripert/Roblot N. 1370. Vuillermet S. 407ff, Escarra IV N. 1597. Zur solidarischen

Wenn die Solidaritätsbestimmungen des Verantwortlichkeitsrechts praktisch unverändert in das neue Gesetz von 1966 übernommen worden sind, so ist das wohl dem Umstand zuzuschreiben, dass der Gesetzestext dem Richter die freie Entscheidung überlässt, ob er im Einzelfall die strenge Ganzhaftung aller Verantwortlichen für gerechtfertigt hält. Wo ihm die Verantwortlichkeit der verschiedenen Personen bestimmbar scheint, kann er einer übermässigen Belastung der am leichtesten Verantwortlichen durch die individuelle Haftung vorbeugen.

Der Grundsatz, dass der Kläger keinen Ersatz für den Teil eines Schadens beanspruchen kann, den er selber verschuldet hat, ist auch im Aktienrecht bekannt[1]. Der Solidarhaftungsbetrag würde sich also um diese Selbstverschuldensquote verringern.

Darüber hinaus scheinen bisher aber weder die hauptsächlich von MAZEAUD/TUNC vertretene «théorie de la causalité adéquate» noch die Praxis der Haftungsaufteilung bei Ursachenmehrheit[2] einen Einfluss auf das Verantwortlichkeitsrecht der AG gehabt zu haben.

Ein Vergleich mit dem schweizerischen Recht zeigt sofort, dass die französische Lösung der Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht viel flexibler ist und zu billigeren Entscheiden führt. Es spricht für sich, dass sich die französische Lehre auch in der Krisenzeit der zwanziger und dreissiger Jahre vehement gegen eine Verschärfung dieses Solidaritätsprinzipes zur Wehr setzte[3].

4. Der Regress

Wie bei jeder solidarischen Verpflichtung stehen demjenigen, der die Schuld bezahlt hat, Regressansprüche gegen die übrigen Verantwortlichen zu. Das neue Recht brachte hier keine Veränderung. Art. 244 l.s.s. trägt zwar dem Richter auf, bei Mehrheit von Verantwortlichen «la part contributive de chacun dans la répartition du dommage» zu bestimmen. Es ist aber damit noch nicht entschieden, ob eine Teilung nach Köpfen oder nach Verschuldens- bzw. Verursachungsanteilen vorgenommen werden muss. Wir können dafür auf un-

Haftung zwischen Administrateuren und dem président vgl. ausdrücklich Art. 248 l.s.s. für den Tatbestand des Konkurses der Gesellschaft.

Auch mit den commissaires kann solidarische Haftung bestehen. RIPERT/ROBLOT N. 1357 und 1370.

[1] HOUPIN/BOSVIEUX N. 1102 in fine: Von welcher Bedeutung dieser Grundsatz gegenüber den Ansprüchen der Gesellschaft ist, wird nicht näher ausgeführt. Offenbar könnte aber eine stillschweigende Zustimmung der Gesellschafter in voller Kenntnis der Geschäftslage der AG und den zustimmenden Personen als Selbstverschulden angerechnet werden. Dazu vielleicht N. 1103, auch FASSIER S. 100ff.

[2] Zum Urteil in Sachen «naufrage du Lamoricière» vgl. I Ziff. 4.2.

[3] Dazu eindrücklich DECUGIS in: Journal des soc. civ. et comm. 1935 (56) S. 1ff, GOUGET S. 135.

sere Ausführungen zum allgemeinen französischen Schadenersatzrecht verweisen (vgl. oben I Ziff. 5)[1].

5. Solidarhaftung zwischen der AG und ihren Organpersonen?

Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass gegenüber Dritten auch eine obligation in solidum zwischen der Gesellschaft selber und ihren verantwortlichen Organen entstehen könne[2]. Nach verbreiteter Lehre steht in solchen Fällen der belangten Gesellschaft ein Rückgriffsrecht für den ganzen bezahlten Betrag gegenüber den Organpersonen zu[3].

§ 9 Zusammenfassung für das französische Recht

I. Haftungsentlastende und haftungsreduzierende Einreden, die sich aus der gesetzlichen Organisation der AG ergeben, und ihre Wirkung

1. Die Berufung auf den Déchargebeschluss («quitus») der Generalversammlung

Gemäss Art. 246 II l. s. s. kann ein Beschluss der Generalversammlung nie die Wirkung eines Verzichtes auf Verantwortlichkeitsklagen haben. Auch im französischen Recht hat der Déchargebeschluss nur noch geringe Bedeutung.

2. Zustimmung der Generalversammlung

Sogar die *Zustimmung* der Generalversammlung entlastet die übrigen Organe und leitenden Personen nicht völlig von ihrer Verantwortlichkeit.

3. Aufgabendelegation

Auch die haftungsentlastende Wirkung von gesetzlichen oder statutarischen Aufgabendelegationen ist infolge der umfassenden Überwachungspflicht des Verwaltungsrates bzw. des Aufsichtsrates und des Vorstandes gegenüber allen Untergebenen gering.

[1] Vgl. auch Derrida S. 366ff, Pic/Kréher N. 3050, Houpin/Bosvieux N. 1101 in fine, Gouget S. 145ff.

[2] Mazeaud/Tunc N. 1991 und 1993, Savatier, Traité, N. 208.

[3] Mazeaud/Tunc N. 1974 und 1991, Savatier, Traité, N. 208. Ausnahme: Wenn die Gesellschaft durch ihre anderen Organe die pflichtwidrige Handlung gedeckt hat.

4. Unentgeltlichkeit des Amtes

Nach verbreiteter Auffassung müssen Pflichtverletzungen von Verwaltungsräten dann weniger streng beurteilt werden, wenn diese ihr Amt unentgeltlich ausübten.

II. Gestalt und Umfang der Solidarhaftung im Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

1. Wesen der Solidarhaftung

Solidarhaftung nach französischem Recht heisst: Jeder Schuldner hat für die gesamte Schuld (pour la totalité de la dette) einzustehen. Der Gläubiger kann nach seiner Wahl einen oder mehrere oder alle einklagen. Bis zur einmaligen vollständigen Erfüllung seines Anspruches bleiben ihm sämtliche Schuldner verpflichtet.

Im französischen Recht wird unterschieden zwischen «solidarité» und blosser «obligation in solidum». Da das Gesetz zwischen mehreren Delinquenten Solidarität nicht vorschreibt, sprechen Lehre und Praxis in diesen Tatbeständen von «obligation in solidum». Auf diese Tatbestände finden die besonderen Bestimmungen der gesetzlichen Solidarität, wie Vertretung aller Schuldner durch einen, Verjährungsunterbrechung, Verzugsregeln usw., keine Anwendung. Für den Haftungsumfang gegenüber dem Geschädigten ist die Unterscheidung nicht von Bedeutung.

Obwohl die Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG in verschiedenen Artikeln vorgesehen ist, wird angenommen, diese Haftung stelle bloss einen Fall einer «obligation in solidum» dar.

2. Umfang der Solidarhaftung

Unzweifelhaft bedeutet auch in Frankreich Solidarität Haftung aller Schuldner für den gesamten verursachten Schaden (pour l'intégralité des conséquences d'un délit). Dieser Grundsatz war jedenfalls so lange unbestritten, als die Bedingungstheorie (théorie de l'équivalence des conditions) vorherrschend war. Die neuere Lehre – insbesondere MAZEAUD/TUNC – vertritt auch für das französische Recht die Anwendung der Adäquanztheorie zur Abklärung des rechtlich relevanten Kausalzusammenhanges. Daraus wird abgeleitet, ein Belangter könne nur für den Teil eines Schadens haftbar erklärt werden, den sein Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nach sich ziehen müsste.

Diese Rücksichtnahme auf den Kausalitätsbeitrag des einzelnen führt zu individuellen Haftungsbeträgen.

Das Verschulden wird nach älterer Lehre bei der Bestimmung der Ersatzpflicht nicht berücksichtigt. Nach neuerer Theorie wird es bei der Bestimmung des *Kausalitäts*beitrages herangezogen.

Aber auch diese von der neueren Lehre vorgeschlagene Berücksichtigung der Kausalitätsbeiträge der verschiedenen Verantwortlichen, welche sich zur Hauptsache auf das berühmte Urteil i.S. «Lamoricière» stützt, soll nicht zu einer Differenzierung der *Solidarhaftungsbeträge* führen. Es wird sogar betont, dass dies die Solidarhaftung geradezu illusorisch machen würde. Vielmehr wird daraus die *Einzelhaftung* aller Verantwortlichen für ihren Betrag abgeleitet.

Das Verantwortlichkeitsrecht der AG schreibt die Solidarhaftung nirgends zwingend vor. Es steht weitgehend im Ermessen des Richters, ob er von der grundsätzlichen Einzelhaftung abweichen will. Das französische Verantwortlichkeitsrecht ist somit noch flexibler als das deutsche. Im übrigen scheint aber in der Solidarität des Verantwortlichkeitsrechts die alte Lehre über die Haftung aller Verantwortlichen für den ganzen Schaden mit Regressberechtigung noch durchwegs vorzuherrschen.

3. Kapitel: Das österreichische Recht

§ 10 Die österreichische AG: Verfassung und Verantwortlichkeitsrecht

I. Allgemeines

Am 1. Januar 1939 wurde das deutsche Aktiengesetz von 1937 vollumfänglich in Österreich eingeführt. Die enge Anlehnung an das deutsche Recht erhielt sich über die deutsche und die österreichische Aktienrechtsreform hinaus bis auf den heutigen Tag.

Hauptanliegen der Aktienrechtsreform von 1965[1] war die «Austrifizierung» des Gesetzes[2]. Dass man sich nicht völlig vom deutschen Recht loslösen wollte, geht schon aus der Systematik des Gesetzes hervor, die wenigstens bis zu § 218 identisch ist mit derjenigen des deutschen Aktiengesetzes von 1937, was die weitere Heranziehung des deutschen Schrifttums erleichtern sollte[3]. Wegen der weitgehenden Übereinstimmung auch mit dem neuen deutschen

[1] Das neue österreichische Gesetz über Aktiengesellschaften datiert vom 31. März 1965 und ist seit 1. Januar 1966 in Kraft.

[2] KASTNER, Einleitung S. 4.

[3] KASTNER, a.a.O.

Aktiengesetz[1], insbesondere was die Organisation der Gesellschaft und die Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der einzelnen Organe betrifft, erübrigt sich eine ausführliche Darstellung.

II. Die Verfassung der österreichischen AG

Vorstand, Aufsichtsrat, Abschlussprüfer und Hauptversammlung der österreichischen AG haben bis auf geringfügige Ausnahmen[2] dieselben Aufgaben wie die Organe der deutschen AG. Etwas anders ist die dienstrechtliche Stellung dieser Organpersonen geregelt. Zwar wird die Doppelseitigkeit zwischen Organstellung und vertraglicher Bindung auch anerkannt, aber das im deutschen Recht geltende Unterscheidungskriterium der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit zur Qualifikation des Vertragsverhältnisses[3] hat im österreichischen Recht keine Bedeutung[4]. Während die Abschlussprüfer in einem Werkvertrag zur Gesellschaft stehen[5], wird für die Mitglieder des Aufsichtsrates offenbar das Bestehen eines Auftrages angenommen[6]. Die neuere Lehre unterstellt die Mitglieder des Vorstandes dem Angestellten-Gesetz[7].

III. Das Verantwortlichkeitsrecht der österreichischen AG[8]

Die §§ 84, 99 und 141 öAktG, welche den Umfang der Sorgfaltspflichten und die Verantwortlichkeit des Vorstandes, des Aufsichtsrates und der Abschlussprüfer umschreiben, stimmen praktisch mit den Verantwortlichkeitsregeln des alten und neuen deutschen Aktiengesetzes überein. Dies gilt auch für die §§ 39–42 bezüglich der Verantwortlichkeit aus der Gründung einer Gesellschaft und für § 100, welcher Drittpersonen bei schädlicher Einflussnahme verantwortlich erklärt[9].

Aus diesem Grunde können wir für die Fragen des Haftungsausschlusses und der Haftungsreduktion auf die Ausführungen zum deutschen Aktienrecht verweisen. Zwei geringfügige Abweichungen seien immerhin kurz erwähnt:

[1] Nicht ausgebaut wurde z. B. das Konzernrecht.
[2] Abweichend sind z. B. die Regeln über das Gewinnverwendungsrecht. Das öAktG folgt noch dem ADAG.
[3] Nach deutschem Recht liegt nur bei Unentgeltlichkeit Auftrag vor.
[4] Nach österreichischem Recht können sowohl Auftrag wie Dienstvertrag entgeltlich sein.
[5] Auch der Abschlussprüfer ist ein Gesellschaftsorgan, KASTNER in öJZ 1949 S. 7.
[6] KASTNER in öJZ 1949 S. 7.
[7] KASTNER in öJZ 1949 S. 7ff.
[8] Vgl. GEIRINGER in JBl 1953 S. 141ff.
[9] § 100 öAktG entspricht dem § 101 ADAG. Das NDAG hat diesen Tatbestand in § 117 etwas erweitert.

- Nach österreichischem Recht ist ein Vergleich bzw. ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche erst nach fünf Jahren seit Entstehung des Anspruches und nur dann möglich, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals erreichen, widerspricht (§ 84 IV öAktG).
  § 93 IV NDAG setzt die zeitliche Grenze auf drei Jahre und fordert nur eine zehnprozentige Widerspruchsminderheit.
- Die Ersatzpflicht von fahrlässig handelnden Gründungs- und Abschlussprüfern wird in §§ 42 II bzw. 141 II öAktG auf nur S 250000.– für eine Prüfung begrenzt.
  In Deutschland beträgt die Haftungshöchstgrenze für eine Prüfung immerhin DM 500000.– (§§ 49 und 168 II NDAG).

In allen diesen Verantwortlichkeitsbestimmungen ist für die Tatbestände, in denen mehrere Personen einen Schaden verursachten, gesamtschuldnerische Haftung vorgesehen.

§ 11 Die Solidarhaftung im österreichischen Schadenersatzrecht im allgemeinen und im Verantwortlichkeitsrecht der AG im besonderen

I. Inhalt und Bedeutung des Grundsatzes der passiven Solidarität im österreichischen Schadenersatzrecht

1. Das Wesen der Solidarhaftung

«Das Wesen der passiven Korrealobligation besteht darin, dass jeder Schuldner trotz Teilbarkeit der Leistung ungeteilt und prinzipaliter für das Ganze haftet[1].»

Es steht im Belieben des Gläubigers, ob er von allen, einigen oder einem einzelnen Solidarschuldner das Ganze oder bestimmte Anteile verlangen will. Alle Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis der Gläubiger seinen vollen Ersatz einmal erlangt hat.

In der österreichischen Rechtslehre wird die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität kaum diskutiert[2].

[1] Krasnopolski III S.12, ähnlich Hasenöhrl I S.137, Gschnitzer I S.139, Ehrenzweig II/1 S.92, Stubenrauch, Komm. § 891 III. § 891 ABGB, Auf den Begriff der «Korrealität», der in Österreich mit Solidarität gleichgesetzt wird, wollen wir nicht weiter eingehen. Vgl. Leonhard, in: Festschrift ABGB S.847 ff, Hasenöhrl I S.92ff.

[2] Leonhard, Festschrift ABGB S.858, Klang, Komm. IV § 888 II A 3.

2. Die Entstehung der Solidarschuld

Auch das österreichische Recht unterscheidet zwischen der vertraglich stipulierten Solidarität und den Tatbeständen gesetzlicher Solidarschuld, zu denen insbesondere die Solidarschuld aus Delikt, aber auch zahlreiche Solidaritätstatbestände das Handelsrechts zu zählen sind[1].

Bei Teilbarkeit einer vertraglichen Leistung entsteht nach § 888 ff ABGB keine Gesamt- sondern eine Teilschuld. Dieser Grundsatz gilt nicht im Handelsrecht, in welchem Art. 8 Nr 1 der vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 1938 das Bestehen einer Gesamtschuld präsumiert.

3. Insbesondere der Tatbestand von § 1302 ABGB

Von besonderer Bedeutung für unser Problem dürfte wiederum die Bestimmung sein, welche für mehrere Delinquenten unter bestimmten Voraussetzungen Solidarschuldnerschaft vorsieht. Hauptsächlich jene Tatbestände, in denen das ABGB solidarische Haftung unter verschiedenen fahrlässig einen Schaden verursachenden Personen anordnet, sind den Verantwortlichkeitstatbeständen des Aktienrechts in mancher Beziehung sehr ähnlich[2].

§ 1302 ABGB statuiert solidarische Haftung einerseits unter mehreren vorsätzlich handelnden Delinquenten, anderseits unter fahrlässig Handelnden immer dann, wenn sich die Anteile der Einzelnen an der Beschädigung nicht bestimmen lassen. Obschon der Wortlaut der §§ 1301 und 1302 ABGB einen anderen Schluss zuliesse, ist sich die neuere Lehre darin einig, dass § 1302 auch dann Anwendung findet, wenn die verschiedenen Delinquenten nicht «gemeinschaftlich» im Sinne eines bewussten Zusammenwirkens den Schaden verursachten[3].

4. Der Umfang der Solidarhaftung

4.1. *Grundsatz*

Unzweifelhaft heisst die für die Solidarschuld begriffswesentliche «Haftung für das Ganze», dass jeder Solidarschuldner im Umfang des ganzen Schadens einzustehen hat[4]. Dem Gläubiger wird dadurch grösste Sicherheit geboten, lastet doch das Risiko der Nichteinbringlichkeit nicht auf ihm, sondern auf

[1] Hasenöhrl I S. 117 ff, Gschnitzer I S. 138, Krasnopolski III S. 9 ff.

[2] Die solidarische Haftung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern einer AG wird häufig im Zusammenhang mit § 1302 ABGB erwähnt. Kapfer ABGB zu § 1302, Adler, in: Festschrift ABGB S. 895 Anm. 15, Stubenrauch, Komm. § 1302 Fussnote 2.

[3] Klang, Komm. VI zu §§ 1301 und 1302, Kapfer § 1302 Fussnote 5, Bauerreiss S. 58.

[4] Krasnopolski III S. 174, Gschnitzer I S. 139, Hasenöhrl I S. 113 ff, 130, 134, Stubenrauch, Komm. § 1302 B I.

den solventen Schuldnern[1]. Dieser Grundsatz der Haftung aller für den ganzen Schaden gilt sowohl für die Vertrags- wie für die Deliktssolidarität, da auch das österreichische Recht nicht zwei Solidaritätsformen kennt[2].
Wie in den anderen besprochenen Rechtsordnungen wird aus diesem Ganzhaftungsgrundsatz abgeleitet, dass es, wo das Gesetz Solidarhaftung anordnet, auf den Grad des Verschuldens der Verursacher grundsätzlich nicht ankomme[3].

4.2. *Übereinstimmung der Solidarhaftung des § 1302 ABGB mit den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts*

§ 1295 I ABGB stellt fest:

«Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern.»

Von einigen Autoren wird die Ansicht vertreten, die Solidarhaftung des § 1302 ABGB widerspreche dieser Regel des § 1295 I ABGB[4]. In der Tat kann die Vorschrift der Ganzhaftung dazu führen, dass ein Verursacher, obschon er prinzipiell niemals den ganzen Schaden verursacht haben kann, für die Anteile der übrigen einzustehen hat[5]. Stossend ist dieses Resultat jedenfalls in den Fällen notwendiger[6] (gemeinsamer) Kausalität, in denen nur durch das Zusammenwirken der verschiedenen Ursachen ein so grosser Schaden entstehen konnte. Auch in der österreichischen Rechtslehre wurde die Berechtigung dieser Solidarhaftung angezweifelt, insbesondere ihre Übereinstimmung mit dem Grundsatz der adäquaten Kausalität[7]. So stellt STUBENRAUCH fest, dass bei gemeinschaftlicher versehentlicher (fahrlässiger) Verursachung und Unbestimmbarkeit der Anteile eine Haftung jedes einzelnen für einen gleichen Teil dem Gesetz eher entsprochen hätte als die Solidarhaftung. Bei nicht gemeinschaftlicher fahrlässiger Verursachung eines Schadens liesse sich eine Solidarhaftung gar nicht aus dem Gesetz ableiten[8].

Neuestens hat BAUERREISS auf die Härten und Unbilligkeiten dieser Ganzhaftung aufmerksam gemacht[9]. In seinem Aufsatz in der Festschrift für Gschnitzer ficht er allerdings weniger den Solidarhaftungsgrundsatz für die Tatbestände der versehentlichen Verursachung an als die (allzu) strenge Praxis

[1] BAUERREISS S. 84, STUBENRAUCH, Komm. § 891 III, HASENÖHRL I S. 101.
[2] LEONHARD, Festschrift ABGB S. 860.
[3] KAPFER § 1302 Fussnote 1, SZ XVIII 142, XIII 51.
[4] STUBENRAUCH, Komm. § 1302 B I, BAUERREISS S. 84, HASENÖHRL I S. 134.
[5] HASENÖHRL I S. 134, BYDLINSKI in JBl 1959 S. 2 und 8.
[6] GSCHNITZER II S. 166; im schweizerischen Recht haben wir diese Tatbestände mit «gemeinsamer» Kausalität umschrieben.
[7] HASENÖHRL spricht im Zusammenhang mit § 1302 ABGB von einer Ausnahmebestimmung.
[8] STUBENRAUCH, Komm. § 1302 B I und II.
[9] BAUERREISS S. 53 ff.

der Gerichte bei der Frage der Bestimmbarkeit der Anteile an der Beschädigung. Er geht davon aus, dass die strenge Solidarhaftung immer dann zu Ungerechtigkeiten führen müsse, wenn Personen betroffen sind, denen nur leichtes Verschulden bei der Verursachung eines Schadens vorgeworfen werden kann. Vor allem im Recht der unerlaubten Handlungen sei es beim gegenwärtigen Stand der Technik möglich, dass durch die geringste Fahrlässigkeit einer einzelnen Person ein immenser Schaden angerichtet wird. Damit liessen sich die überkommenen Haftungsgrundsätze nicht mehr ohne weiteres verwenden[1].

Wenn also gemäss § 1302 1.S. ABGB Solidarhaftung unter mehreren fahrlässig handelnden Personen immer dann nicht bestehen soll, wenn sich die Anteile der Beteiligten an der Beschädigung bestimmen lassen (vgl. oben Ziff. 3), so stellt sich nur noch die Frage, was unter dem Begriff der «Anteile» zu verstehen ist. Sind damit die Verschuldensanteile oder die Verursachungsanteile der Schädiger gemeint? Mit anderen Worten, muss sich der Schaden verursachungsmässig aufteilen lassen oder müssen einfach die verschiedenen Verschuldensmasse der Schädiger bestimmbar sein?

Der österreichische oberste Gerichtshof hat sich wiederholt dahingehend ausgesprochen, dass § 1302 ABGB nur eine Aufteilung nach Massgabe des herbeigeführten Schadens kenne, im Gegensatz zu § 1304 ABGB, der die Aufteilung im Verhältnis zum vorhandenen Verschulden vorsieht[2].

Im Gegensatz zur bisherigen Gerichtspraxis, die eine Bestimmbarkeit der Anteile im Sinne von § 1302 1.S. ABGB kaum je anerkannte[3], glaubt Bauerreiss, dass § 1302 «die Möglichkeit biete, durch entsprechende Auslegung des Erfordernisses der Bestimmbarkeit der Anteile der mehreren Teilnehmer an der Beschädigung die im Einzelfall vielleicht unerträglichen Härten des starren Solidarhaftungsprinzipes bei gemeinschaftlicher Schadenszufügung durch mehrere bloss fahrlässig handelnde Personen entscheidend zu mildern[4]». Dafür scheint ihm, nach Ausscheiden des Verschuldensmasses als Aufteilungskriterium, der adäquate Kausalzusammenhang absolut geeignet[5].

Es darf wohl auch hier die Frage aufgeworfen werden, ob sich mit Hilfe der adäquaten Kausalität[6], d.h. mit der Frage nach der generellen Eignung einer

[1] Bauerreiss S. 84.
[2] SZ XVIII 142, auch XIII 51, Bauerreiss S. 62.
[3] Dazu Bauerreiss S. 56, ein Beispiel auch in SZ XIII 51 S. 204.
[4] Bauerreiss S. 83/84.
[5] Zur auch in Österreich herrschenden Adäquanztheorie und zum Erfordernis des Rechtswidrigkeitszusammenhanges vgl. Bydlinski, Probleme, S. 58ff, Bauerreiss S. 64 Fussnote 31 und 32, a.A. Gschnitzer II S. 152.
[6] Die Bestimmung von Schadensanteilen wird immer dann problematisch sein, wenn die Wirkungen verschiedener Ursachen sich treffen oder überschneiden. Eine Aufteilung ist wohl nur dann möglich, wenn jemand an zwei verschiedenen Orten durch zwei verschiedene Personen geschädigt wird. SZ XIII 51 S. 204. Ob dann aber nicht eher von zwei selbständigen Beschädigungen gesprochen werden müsste? Klang, Komm. VI § 1302.

Ursache, einen Schaden herbeizuführen, die Schadensanteile der verschiedenen Verursacher wirklich mit Bestimmtheit feststellen lassen[1]. Die Prüfung der generellen Eignung einer Ursache, einen Schaden herbeizuführen, schliesst die Frage nach dem Gewicht einer Schadensursache im Rahmen des Gesamttatbestandes aus. Die Frage nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge führt eben u.E. nicht zur Gegenüberstellung der verschiedenen Ursachen eines Schadens. Damit kann die adäquate Kausalität höchstens zu einer Abstufung der Verantwortlichkeitsbeiträge Hand bieten, nicht aber zu einer Aufteilung des Schadens. Die Problematik der adäquaten Kausalität als Abgrenzungs- und Aufteilungskriterium gibt BAUERREISS auch zu, wenn er schreibt:

«Die Frage, wann zwischen schädigender Handlung und Schaden (Schadensanteil) adäquate Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehen, ist nicht selten schwierig, da sich Fragen der vorliegenden Art nun einmal mit mathematischer Sicherheit nicht lösen lassen...[2].»

Er meint aber, dass das verständige und gewissenhafte Ermessen des Richters hier die richtigen Grenzen der Verantwortung zu finden wissen wird. Dass BAUERREISS selber gleichwohl Zweifel an der Eignung der adäquaten Kausalität als Aufteilungskriterium hegt, geht aus seiner Anregung hervor, die Bestimmung der Anteile gemäss § 1302 sei «nicht mit voller Sicherheit in objektiver Weise, wohl aber wie im Fall des § 1304 ABGB unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des Sachverhaltes, insbesondere der Gefährlichkeit des Verhaltens der mehreren Teilnehmer am Schadensereignis und der von ihnen verwendeten Gegenstände und entfalteten Tätigkeit *nach subjektiven Gesichtspunkten* durch Schätzung» zu ermitteln[3]. Jedenfalls löst er sich damit entscheidend vom herkömmlichen Begriff der adäquaten Kausalität. Die Adäquanz erscheint damit auch hier nicht als Problem des rechtlich relevanten Kausalzusammenhanges zwischen Einzelursache und Schaden, sondern als eine Wertungs- und Zurechnungsfrage im Rahmen des Gesamttatbestandes[4].

Wir wollen diesen Vorschlag BAUERREISS' noch an einem Beispiel weiterverfolgen. § 1302 1.S. ABGB schliesst die Solidarhaftung dann aus, wenn mehrere Schädiger fahrlässig gehandelt haben und sich die Anteile an der Beschädigung bestimmen lassen. Daraus ist zu schliessen, dass eine Gesamtschuld jedenfalls dann entstehen würde, wenn neben den mehreren fahrlässig handelnden Personen eine weitere vorsätzlich mitgewirkt hat. Wie sähe dieses Gesamtschuldverhältnis aus? Nehmen wir an, A, B, C hätten einen Schaden verursacht, wobei B und C gleichermassen fahrlässigerweise die von A vorsätzlich geförderte

[1] Vgl. auch die Ausführungen BYDLINSKIS zum Begriff des «blossen Kausalitätsverdachts», JBl 1959 S.8.
[2] BAUERREISS S.65.
[3] BAUERREISS S.85.
[4] BYDLINSKI, Probleme, S.59/60.

Schädigung nicht verhinderten. Nach BAUERREISS wären B und C bei Bestimmbarkeit ihrer Anteile nur für ihre Teilbeträge haftbar, während A mit ihnen solidarisch für den Schaden haftet. Dazu ist festzuhalten, dass eine Aufteilung unter den fahrlässig Handelnden nach ihrem Verursachungsbeitrag wohl schwierig sein dürfte, wenn der Beitrag des Dritten (des vorsätzlich Handelnden) nicht auch berücksichtigt wird.

Wenn B und C bei einem Schaden von S. 100000.– je zu S. 50000.– anteilsmässig haftbar sind, der A aber gesamtschuldnerisch mit ihnen für S. 100000.–, so könnte man annehmen, der Geschädigte dürfe, wenn er von A einmal S. 50000.– erlangt hat, von B und C gemäss dem Prinzip der Solidarschuld nichts mehr verlangen[1]. Nähme man den gegenteiligen Standpunkt ein, so läge kein Gesamtschuldverhältnis im rechtstechnischen Sinne, sondern eine Art Überschusshaftung vor, wie wir sie schon bei der Erörterung des schweizerischen Rechtes angetroffen haben.

Auch die von BAUERREISS vorgeschlagene Kombination von Anteilshaftung und Solidarität hat wohl letztlich den Zweck, dem Geschädigten zu seinem vollen Schadenersatz, also zu S. 100000.– zu verhelfen. Richtigerweise müsste man wohl annehmen, dass der Geschädigte, wenn er von A S. 50000.– erhalten hat, von B und C mindestens je noch S. 25000.– verlangen kann[2]. Dagegen könnte er, wenn er den B zuerst um S. 50000.– belangt und diese erhält, von C noch S. 50000.– verlangen. Der Rückgriff gegenüber dem A bliebe diesen selbstverständlich vorbehalten. Ob die Praxis bei einer Ausdehnung der anteilsmässigen Verantwortlichkeit im Sinne der Vorschläge von BAUERREISS diesen Weg gehen würde? Von einem wirklichen Solidarschuldverhältnis könnte u. E. unter diesen Umständen nicht mehr gesprochen werden. Bedeutend einfacher wäre für diese Tatbestände die endgültige Aufteilung der Ersatzbeträge im Aussenverhältnis nach den Verursachungsbeiträgen, wobei diese Beiträge nicht nach dem Grundsatz des adäquaten Kausalzusammenhanges, sondern nach Ermessen zu bestimmen wären. § 1302 1. S. ABGB lässt diese Lösung aber nicht zu, denn anteilsmässige Haftung kann nur bei Konkurrenz mehrerer fahrlässiger Handlungen eintreten[3].

Gesamthaft können wir also feststellen, dass auch im österreichischen Recht die Frage von differenzierten Solidarhaftungsbeträgen der verschiedenen Schädi-

[1] Solidarhaftung bestünde eigentlich nur bis zum Betrage von S. 50000.–.

[2] Oder soll der Geschädigte weiterhin von B und C je S. 50000.– verlangen können? Die Frage wäre interessant im Konkursverfahren gegen B oder C. Der Geschädigte käme zu einer doppelten Dividende.

[3] Vgl. immerhin die Anmerkung WOLFFS in KLANG, Komm. VI § 1302: «Allein, lassen sich die Teile des Schadens bestimmen, die jeder durch sein Verhalten verursacht hat, so ist in Wahrheit nicht eine Schädigung gegeben, sondern es hat jeder der mehreren Leute selbständig einen Schaden verursacht... In einem solchen Fall tritt Teilhaftung auch ein, wenn vorsätzlich geschädigt wurde.

ger nicht diskutiert wird. Gefordert wird eine mildere Anwendung des Grundsatzes der Bestimmbarkeit der Anteile an der Beschädigung (§ 1302 1. S. ABGB), was aber zu einer *anteilsmässigen* Haftung[1] der mehreren Verursacher im Aussenverhältnis und nicht zu einer reduzierten oder differenzierten Solidarität führt[2].

4.3. *Die Ausnahmen vom Grundsatz der Solidarhaftung als Haftung aller für den ganzen Schaden*

4.3.1. Beschränkung der Haftpflicht auf einen summenmässigen Höchstbetrag

Summenmässige Haftungsbegrenzungen für bestimmte Personen sind auch im österreichischen Haftpflichtrecht bekannt. Das EKHG beschränkt die Haftung für eine getötete oder verletzte Person auf S 600000.–[3]; ebenso das Atomhaftpflichtgesetz[4]. Sind neben diesen begrenzt haftbaren Personen weitere Verursacher unbegrenzt haftbar, so trifft der wahrscheinlich aus dem deutschen Recht übernommene Satz Ehrenzweigs zu:

«Hat ein Schuldner mehr zu leisten als der andere, so entsteht ein Gesamtschuldverhältnis nur für den geringeren Betrag[5].»

4.3.2. Der Tatbestand von § 1304 ABGB

Auch die Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Verletzten, wie sie § 1304 ABGB vorschreibt, stellt keine Besonderheit des österreichischen Rechts dar. Wie im schweizerischen, deutschen und französischen Recht wird die Belastung des Verletzten mit dem selbstverschuldeten Schadensanteil aus Billigkeitsgründen befürwortet[6]. Die Ersatzpflicht wird nach der Praxis und der herrschenden Lehre durch Abwägung der Verschulden ermittelt[7]. Wenn sich das Verschuldensverhältnis nicht bestimmen lässt, tritt Pro-Kopf-Teilung ein (§ 1304 2. S. ABGB).

Wie im schweizerischen Recht hebt nur ein weitaus überwiegendes Verschulden des Geschädigten die Haftung des Schädigers auf[8]. Die nahe Verwandt-

[1] Anteilsmässige Haftung schliesst Regress aus. Gschnitzer II S. 165.

[2] Der von Bauerreiss noch erwähnte § 10 Atomhaftpflichtgesetz kann für § 1302 1. S. kaum von Bedeutung sein, da er sich nur auf die Regelung der Regressansprüche bezieht.

[3] EKHG § 15.

[4] Atomhaftpflichtgesetz § 29.

[5] Ehrenzweig, Schuldverhältnisse II/1, S. 92.

[6] Stubenrauch, Komm. § 1304 Ziff. 2, SZ XIII 51 in fine.

[7] Dies ist mit der «verhältnismässigen» Schadenstragung von § 1304 1. S. gemeint. SZ XVIII 142, XIII 51, XXV 287, Gschnitzer II S. 146, Ehrenzweig, Schuldverhältnisse II/1, S. 74, Krasnopolski III S. 175.

A. A. Klang, Komm. VI § 1304 III: «...der Richter (hat) Rechtswidrigkeits-, Verursachungs- und Schuldzusammenhang auf seiten des Beschädigten und des Beschädigers gegeneinander abzuwägen und danach den Anteil zu bestimmen, zu welchem der Beschädigte Schadenersatz verlangen kann.

[8] Gschnitzer II S. 164, Kapfer zu § 1304 Fussnote 3, Klang, Komm. VI § 1304 Anm. 3 Ziff. 2.

schaft zum Tatbestand der «Einwilligung des Verletzten» wird betont. Einwilligung hebt in der Regel den Rechtswidrigkeitszusammenhang auf und führt dann zur Haftungsbefreiung[1]. Wie wird das Selbstverschulden des Verletzten gegenüber mehreren solidarisch haftbaren Beschädigern berücksichtigt? Nach der Praxis des obersten Gerichtshofes muss sich der Verletzte sein Selbstverschulden von allen Verursachern entgegenhalten lassen[2]. Die österreichische Rechtsprechung kennt damit – wie die schweizerische und die französische – das komplizierte Einzel- und Gesamtabwägungsprinzip von § 254 des deutschen BGB nicht.

Wie sich die Berücksichtigung des Selbstverschuldens auf die Solidarhaftung der übrigen Verursacher auswirkt, geht klar aus SZ XIII 51 S. 207 hervor: Die übrigen Verursacher sollen dem Beschädigten für diejenige Schadensquote solidarisch einstehen, die nach Abzug des Anteiles des Beschädigten übrigbleibt.

4.4. *Das Verhältnis von § 1302 ABGB zu § 1324 ABGB*

In § 1324 ABGB heisst es:

«In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt[3].»

Nach dieser Bestimmung hängt der Umfang des zu leistenden Ersatzes von der Art und der Grösse des Verschuldens ab. Volle Genugtuung, d.h. auch Ersatz des entgangenen Gewinnes und Tilgung der verursachten Beleidigung, ist nur bei vorsätzlicher oder aus auffallender Sorglosigkeit (grobe Fahrlässigkeit) verursachter Beschädigung geschuldet. Die Gleichsetzung von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit fällt auf.

In welchem Verhältnis steht diese Regel zur Solidarhaftungsbestimmung von § 1302 ABGB? Die Frage kann insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn ein Schaden durch eine Person grobfahrlässig, durch andere aber nur leicht fahrlässig verschuldet wurde, da § 1302 ABGB die grobe Fahrlässigkeit nicht dem Vorsatz gleichsetzt[4]. Den Kommentaren, Lehrbüchern und Entscheiden der Gerichte kann zu dieser Frage wenig entnommen werden. Aus der Aufzählung im Kommentar Klang zu § 1324 ABGB wäre zu schliessen, dass der Umfang des Ersatzes auch in den Solidaritätstatbeständen von §§ 1301 und 1302

[1] Klang, Komm. VI § 1304 Anm. 4, Gschnitzer II S. 164.

[2] Kapfer § 1304 Fussnote 1c, SZ XIII 51, XXXII 24: «Hat (der Beschädigte) provoziert, d.h. hat er ein Verhalten an den Tag gelegt, das geeignet war, einen andern so zu erregen, dass dieser tätlich werden konnte (...), dann muss er sein Mitverschulden gemäss § 1304 ABGB gegen sich gelten lassen, gleichgültig ob er von einem oder von mehreren solidarisch haftenden Tätern (§ 1302 ABGB) verletzt wurde.»

[3] Ähnlich auch § 1331 ABGB.

[4] Bauerreiss S. 61 Fussnote 23.

ABGB nach dem Grad des Verschuldens abzustufen ist[1]. Bauerreiss weist darauf hin, dass sich § 1324 ABGB auf die Art des Ersatzes beziehe, nicht aber auf die in § 1302 ABGB geregelte Frage, ob und wieweit der einzelne von mehreren Schädigern für den gemeinschaftlich zugefügten Schaden dem Grund nach haftet[2]. Auch Krasnopolski erwähnt die Solidarhaftungstatbestände nicht unter den Ausnahmen des Grundsatzes, dass wegen geringen Versehens nur der positive Schaden zu ersetzen ist[3].

Logischerweise müsste die solidarische Haftung die Anwendung des § 1324 ABGB ausschliessen, ansonst wohl alle Verursacher dem Grunde nach für den ganzen Schaden haften, letztlich aber doch nicht für das Ganze Ersatz leisten müssten. Die vielfach auch im österreichischen Recht vertretene Auffassung, dass es bei Solidarschuldverhältnissen auf den Grad des Verschuldens nicht ankomme, scheint auf die Unanwendbarkeit des § 1324 ABGB hinzudeuten. Durch die Solidarhaftung soll im Interesse des Beschädigten eine verschärfte Ersatzpflicht der Schuldigen eintreten[4]. Zudem wird in den Urteilen über Solidarschuldtatbestände nie auf die Abstufung der Ersatzpflicht gemäss § 1324 ABGB verwiesen.

Auch wenn aber § 1324 ABGB auf die Solidaritätstatbestände ebenfalls anwendbar wäre, so hätte dies nicht eine individuelle Differenzierung der Solidarschuldbeträge nach dem persönlichen Verschuldensbeitrag zur Folge, wie sie gegenwärtig in der schweizerischen Rechtslehre diskutiert wird. Wohl ginge die Haftung bei geringem Verschulden weniger weit, doch wäre sie für sämtliche bloss aus leichter Fahrlässigkeit verantwortlichen Personen wiederum gleich hoch, indem diese alle für Schadloshaltung einstehen müssen. Die Regel stünde damit den bereits erwähnten Tatbeständen summenmässiger Haftungsbegrenzung für eine bestimmte Schuldnergruppe sehr nahe.

Eine weitere Reduktion der Ersatzpflicht, z.B. mit Rücksicht auf die materielle Lage des Beschädigers, wird im österreichischen Recht im allgemeinen nicht anerkannt[5].

Im übrigen sei bereits hier darauf hingewiesen, dass § 1324 ABGB im Handelsrecht nicht gilt. Dieser Grundsatz wird aus Art. 8 Nr. 2 der vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 1938

[1] Klang, Komm. VI § 1324 II Ziff. 1; nach diesem Kommentar ist die Abstufung des Ersatzes nach der Schwere des Verschuldens als eine Vermengung von Strafe und Schadenersatz abzulehnen. Ob sich folgender Satz des Kommentars auch auf die Solidarschuldverhältnisse bezieht, ist unklar: «Wenn von mehreren Beitragenden einen grobes Verschulden, den andern leichtes trifft, so haftet der erstere nach aussen für volle Genugtuung, der letztere nach aussen und innen nur für Schadloshaltung», a.a.O., Ziff. 4.

[2] Bauerreiss S. 61 Fussnote 23.

[3] Krasnopolski III S. 171.

[4] SZ XIII 51, XVIII 142, Kapfer § 1302 Fussnote 1, Klang, Komm. VI § 1302.

[5] Klang, Komm. VI § 1324 II Ziff. 1, § 1323 II Ziff. 3, Ausnahmen: §§ 1306a und 1310 ABGB.

abgeleitet[1], welcher unter dem Marginale «Umfang des Schadenersatzes» bestimmt:

«Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn.»

5. Der Regress unter den Solidarschuldnern

§ 1302 ABGB behält für denjenigen Solidarschuldner, der den Schaden vollumfänglich ersetzt hat, den Rückersatz durch die übrigen vor. Dieser Rückgriff ist nicht wieder solidarisch, sondern gemäss § 896 ABGB anteilsmässig, in der Regel zu gleichen Teilen geschuldet, sofern kein besonderes Verhältnis unter den Schuldnern besteht. Ungleiche Anteile können insbesondere dann entstehen, wenn die Verursachungs-, Schuld- bzw. Rechtswidrigkeitsanteile der Solidarschuldner verschieden gross sind[2].

II. Die Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der österreichischen AG im besonderen

1. Allgemeines

Allgemein können wir feststellen, dass die strenge gesamtschuldnerische Haftung im Aktienrecht durch die Lehre nicht in Frage gestellt ist. Solche Verantwortlichkeitstatbestände sind zudem selten, jedenfalls kommen sie praktisch nie zur Entscheidung vor die Gerichte[3]. Ob aber die Rechtslehre mit dieser Solidarität aus dem leichtesten Verschulden bedingungslos einverstanden ist, kann mit Rücksicht auf die lebhafte Kritik an der Praxis zu § 1302 ABGB ernsthaft bezweifelt werden.

Wieweit die Grundsätze von § 1302 ABGB bei der Beurteilung eines Verantwortlichkeitsverhältnisses herangezogen werden dürfen, ist ebenfalls unklar[4]. Wäre Solidarhaftung unter mehreren aus Fahrlässigkeit verantwortlichen Aufsichtsratsmitgliedern und Abschlussprüfern ebenfalls abzulehnen, wenn sich ihre Anteile am Schaden im Sinne von § 1302 1.S. ABGB bestimmen lassen? Diese Bestimmung der Anteile wäre sicher nicht einfach. Sie könnte wohl nur

[1] Klang, Komm. VI § 1324 II Ziff. 1 und 2, Krasnopolski III S. 171.

[2] Klang, Komm. VI § 1302, Kapfer § 1302 Fussnote 10ff, es kann sich auch herausstellen, dass der Bezahlende wegen seines überwiegenden Verschuldens- oder Verursachungsanteiles keinen Ersatz mehr zu fordern berechtigt ist. Gschnitzer I S. 141, Klang, Komm. VI § 1302 in fine.

[3] Demelius zu § 84 öAktG.

[4] Die Solidarhaftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG wird häufig im Zusammenhang mit § 1302 ABGB erwähnt. Vgl. dazu schon oben I Ziff. 3. Kapfer § 1302, Adler, Festschrift ABGB S. 895 Anm. 15, Stubenrauch, Komm. § 1302 Fussnote 2.

durch die von BAUERREISS vorgeschlagene Abwägung und Schätzung nach subjektiven Gesichtspunkten befriedigend vorgenommen werden. Immerhin könnte die strenge Solidarhaftung des Verantwortlichkeitsrechts durch Heranziehung dieser Regel des ABGB beträchtlich gemildert werden. Die Folge wäre nicht eine Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge sondern eine vermehrte anteilsmässige Haftung der Organpersonen gegenüber der Gesellschaft bzw. ihren Gläubigern.

2. Die Unanwendbarkeit von § 1324 ABGB im Handelsrecht

Bereits haben wir darauf hingewiesen, dass Art. 8 Nr. 2 der vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften die Anwendung von § 1324 ABGB für das Handelsrecht ausschliesst[1]. Der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängt im Handelsrecht nicht vom Mass des Verschuldens ab.

3. Berücksichtigung des Selbstverschuldens der Gesellschaft

Wenn der Gesellschaft bzw. sämtlichen Aktionären ein Selbstverschulden bei der Verursachung des Schadens vorgeworfen werden kann, steht die haftungsreduzierende Berücksichtigung dieses Selbstverschuldens gemäss § 1304 ABGB ausser Frage. Durch Abwägung der Verschulden reduziert sich die Haftung aller Organpersonen um den Anteil der Gesellschaft. Bis zu diesem Betrag besteht unter den Verantwortlichen Solidarhaftung.

Von besonderer Bedeutung ist – wie im deutschen Recht – die Frage, ob das Mitverschulden der übrigen Organpersonen der Gesellschaft als Selbstverschulden zugerechnet werden darf. In einem Entscheid des obersten Gerichtshofes vom 24. März 1909 (zit. in JBl 1909 Nr. 29)[2] wird ausgeführt, dass eine Schadensaufteilung nach § 1304 ABGB bei einem Schadenersatzanspruch einer juristischen Person gegen einen ihrer Repräsentanten nicht stattfinde. Das Problem ist also gleich gelöst wie in Deutschland.

4. Summenmässige Haftungsbegrenzung der §§ 42 II und 141 II öAktG

Dagegen stellt die *summenmässige Haftungsbegrenzung* der §§ 42 II und 141 II öAktG zugunsten der fahrlässig handelnden Gründungs- und Abschlussprüfer einen bedeutenden Einschnitt in den Grundsatz der Haftung aller Verursacher für den ganzen Schaden dar.

[1] Vgl. oben I Ziff. 4.4.
[2] Auch KRASNOPOLSKI III S. 175.

§ 12 Zusammenfassung für das österreichische Recht

Die österreichische AG ist auch gemäss dem neuen Aktiengesetz ganz nach deutschem Vorbild organisiert. Wir können daher für die haftungsreduzierenden und haftungsentlastenden Einreden auf die Zusammenfassung zum deutschen Recht (§ 6) verweisen.

In Übereinstimmung mit dem Solidarhaftungsbegriff der anderen besprochenen Rechtsordnungen wird die Solidarschuld im österreichischen Recht umschrieben als Haftung aller Schuldner für das Ganze trotz Teilbarkeit der Leistung. Es steht im Belieben des Gläubigers, ob er von allen, einigen oder einem einzelnen Solidarschuldner das Ganze oder nur einen Anteil verlangen will. Alle Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis der Gläubiger seinen vollen Ersatz einmal erlangt hat. Dagegen wird auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität kein Gewicht gelegt.

Zur Frage des Umfanges der Ersatzpflicht bei Solidarhaftung haben wir festgestellt, dass auch nach österreichischem Recht alle Solidarschuldner zum Ersatz des ganzen verursachten Schadens verpflichtet sind. Dass diese Lösung zu übermässiger Belastung jener Schuldner führen kann, welchen nur leichtes Verschulden vorzuwerfen ist, wird in der neueren Literatur hauptsächlich von Bauerreiss kritisiert. Bauerreiss tritt aber nicht für eine Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge nach individuellem Verschuldensmass ein, sondern verlangt eine flexiblere Praxis bei der Beurteilung der Bestimmbarkeit der Verantwortlichkeitsanteile. § 1302 1. S. ABGB legt nämlich fest, dass immer dann, wenn die Verantwortlichkeitsanteile mehrerer fahrlässig handelnder Täter bestimmbar seien, nicht Solidar-, sondern Einzelhaftung eintreten müsse. Bauerreiss setzt sich also nur für eine vermehrte Anwendung der Einzelhaftung anstelle der Solidarschuld ein.

Als wesentlichste Ausnahmen vom Grundsatz der Haftbarkeit aller Solidarschuldner für den ganzen verursachten Schaden sind auch im österreichischen Recht die Tatbestände zu nennen, in denen ein Selbstverschulden des Geschädigten oder eine summenmässige Haftungsbegrenzung für einzelne Verantwortliche vorliegt. Ein Selbstverschulden des Geschädigten führt – wie im schweizerischen und im französischen Recht – zu einer gesamthaften Reduktion der Ersatzpflicht aller übrigen Verantwortlichen. Sofern darüber hinaus auch § 1324 ABGB bei Solidarhaftungstatbeständen Anwendung finden muss, so würde sich dadurch die Ersatzpflicht aller leicht fahrlässig Handelnden auf blosse «Schadloshaltung» reduzieren, währenddem vorsätzlich und grobfahrlässig Handelnde weiter für vollen Schadenersatz aufzukommen hätten. Auch dies hätte aber keine individuelle Differenzierung zur Folge. Es wird vielmehr für eine ganze Schuldnerkategorie eine Haftungsreduktion auf einen für alle

geltenden Betrag angeordnet. Diese Regelung steht also einer summenmässigen Haftungsbegrenzung näher.

Die aufgezeigten Grundsätze des allgemeinen Schadenersatzrechts haben auch für die Solidarhaftung des Verantwortlichkeitsrechts der AG ihre Gültigkeit. Wie das deutsche Aktienrecht kennt das österreichische keine allgemeine Solidaritätsnorm im Verantwortlichkeitsrecht. Der davon betroffene Personenkreis ist daher kleiner, die Regelung weniger einschneidend.

Die von BAUERREISS vorgeschlagene vermehrte Anwendung der Einzelhaftung im Sinne von § 1302 1.S. ABGB dürfte in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitstatbeständen meist schwierig sein. Wegen der Solidarhaftung können also Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder, denen kein schwerer Vorwurf gemacht werden kann, immer noch hart getroffen sein. Für die Abschlussprüfer ist immerhin auf den (dem § 168 II NDAG entsprechenden) § 141 II (und § 42 II) öAktG hinzuweisen. Der Tatbestand legt einen Haftungshöchstbetrag für alle nur fahrlässig handelnden Prüfer fest.

Schlussbetrachtungen

1. Im Ausland stellen sich bei ähnlicher Organisation der AG und ähnlichen Verantwortlichkeitsregeln grundsätzlich die gleichen Probleme bei der Frage des Umfanges der Verantwortlichkeit der geschäftsführenden und beaufsichtigenden Personen (insbesondere bezüglich der haftungsbefreienden Wirkung einer Aufgabendelegation).

2. Die Lösungen der zumeist neuen ausländischen Gesetze über die Verantwortlichkeit der Organe der AG weichen nur geringfügig von der schweizerischen Regelung ab. Für das schweizerische Recht kann daher aus einem Rechtsvergleich nicht sehr viel gewonnen werden. Immerhin gehören die Verantwortlichkeitsbestimmungen des schweizerischen Aktienrechts wegen des grossen dadurch erfassten Personenkreises und der generellen Solidarhaftungsbestimmung von Art. 759 OR zu den strengsten. Aus dem Studium der ausländischen Judikatur und der neuen Gesetzesmaterialien können sich wertvolle Hinweise für die zukünftige Entwicklung des Verantwortlichkeitsrechts der schweizerischen AG ergeben.

3. Die Solidarhaftung wird in allen besprochenen Rechtsordnungen als Haftung aller Verantwortlichen für den ganzen Schaden definiert. Eine individuelle Differenzierung der Solidarhaftungsbeträge nach dem Kausalitätsbeitrag oder nach dem Verschuldensgrad jedes Verantwortlichen ist nirgends anerkannt.

4. Ein in allen Teilen befriedigendes Verantwortlichkeitsrecht könnte wohl nur dann gefunden werden, wenn es gelänge, das Problem der Haftungsentlastung durch Delegation befriedigend zu lösen. Bis dahin könnte wenigstens die (allzu) strenge Solidarhaftung durch Einschränkung des betroffenen Personenkreises (im Sinne des deutschen Rechts) oder – analog der französischen Regelung – durch eine Bestimmung, welche den Entscheid über Einzel- oder Solidarhaftung dem Richter überlässt, wesentlich gemildert werden. Eine weitere Milderungsmöglichkeit ergäbe sich durch die Berücksichtigung des groben Selbst- und Drittverschuldens als Entlastungsgründe auch im Verantwortlichkeitsrecht.

Ein grundsätzlich anderes Modell eines wirkungsvollen, aber doch milderen Verantwortlichkeitsrechts finden wir in unserem Vormundschaftsrecht. Die dort angewendete Kaskadenhaftung lässt ein Vorgehen gegen die oberen Aufsichtsorgane erst nach erfolgloser Belangung der unteren zu. Ob darin ein Vorbild für eine zukünftige Regelung der Verantwortlichkeit in einer AG zu sehen ist, wollen wir offenlassen. Hingegen scheint uns prüfenswert, ob in einem zukünftigen neuen Aktiengesetz nicht eine summenmässige Haftungshöchstgrenze für fahrlässiges pflichtwidriges Verhalten – wie sie z. B. für die deutschen und die österreichischen Abschlussprüfer besteht – vorgesehen werden soll.